

مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر

لإبراهيم بن محمد الحلبي

المتوفى سنة (٩٥٦)

تأليف

قاضي العسكر عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان الكليبولي

المعروف ب شيخي زاده الملقب ب داماد أفندي

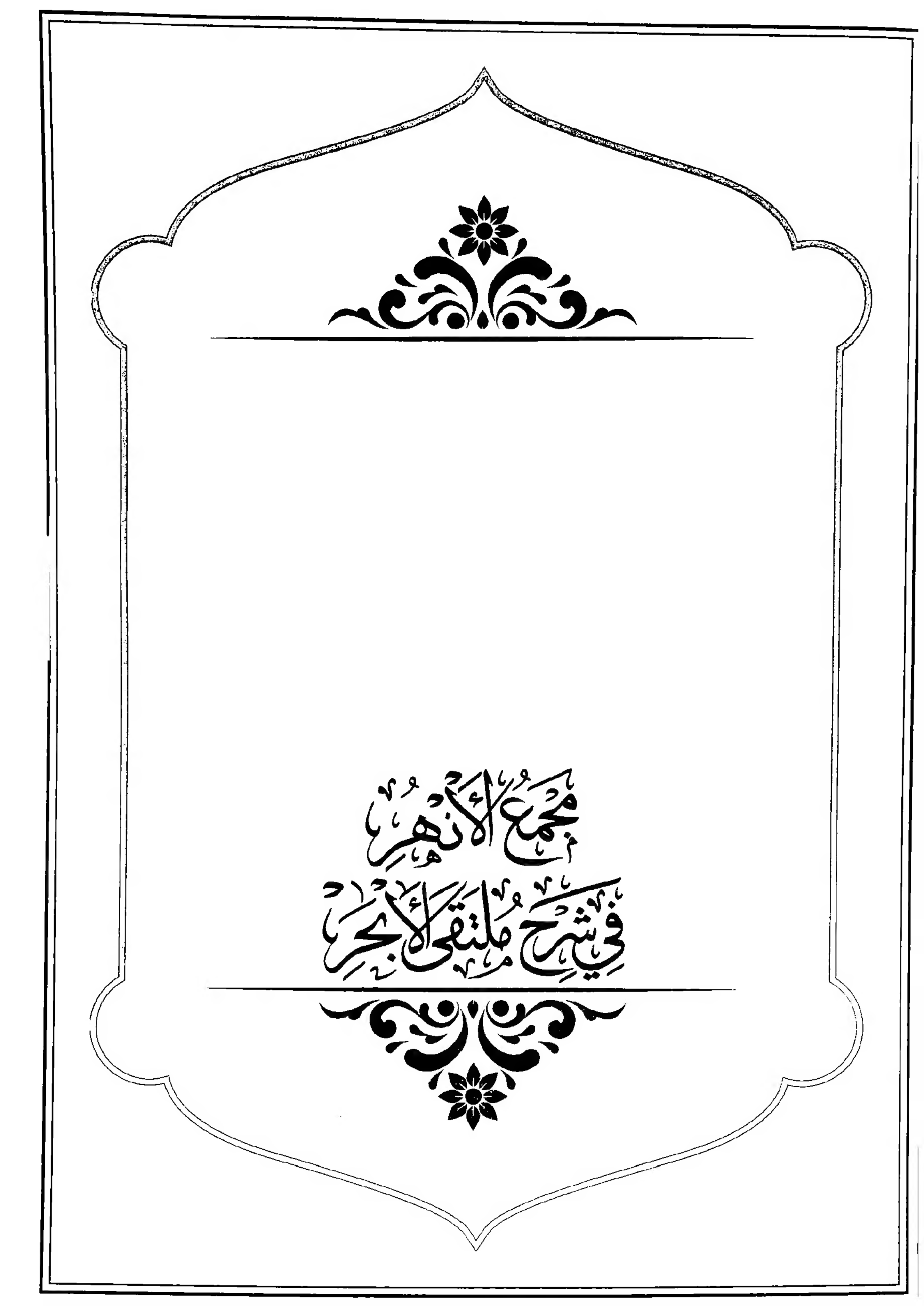
المتوفى سنة (١٠٧٨)

تحقيق

لقمان كوسه   أرسين وطن سور

يطبع لأول مرة محققا على نسخة المؤلف مذيلا بحواشي المؤلف

Şifa Yayınevi


مجمع الأنهر
في شرح ملتقى الأبحر



(اسم الكتاب)

«مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر»

عدد صفحات المجلد الرابع: ٥٧٦

ISBN: 978-625-99208-5-6 (4.c)
ISBN: 978-625-99208-6-3 (Tk)

T.c kültür bakanlığı
Sertifika no: 47967

Baski tarihi
İstanbul, 2023

Yayın yönetmeni
İsmail Çelik

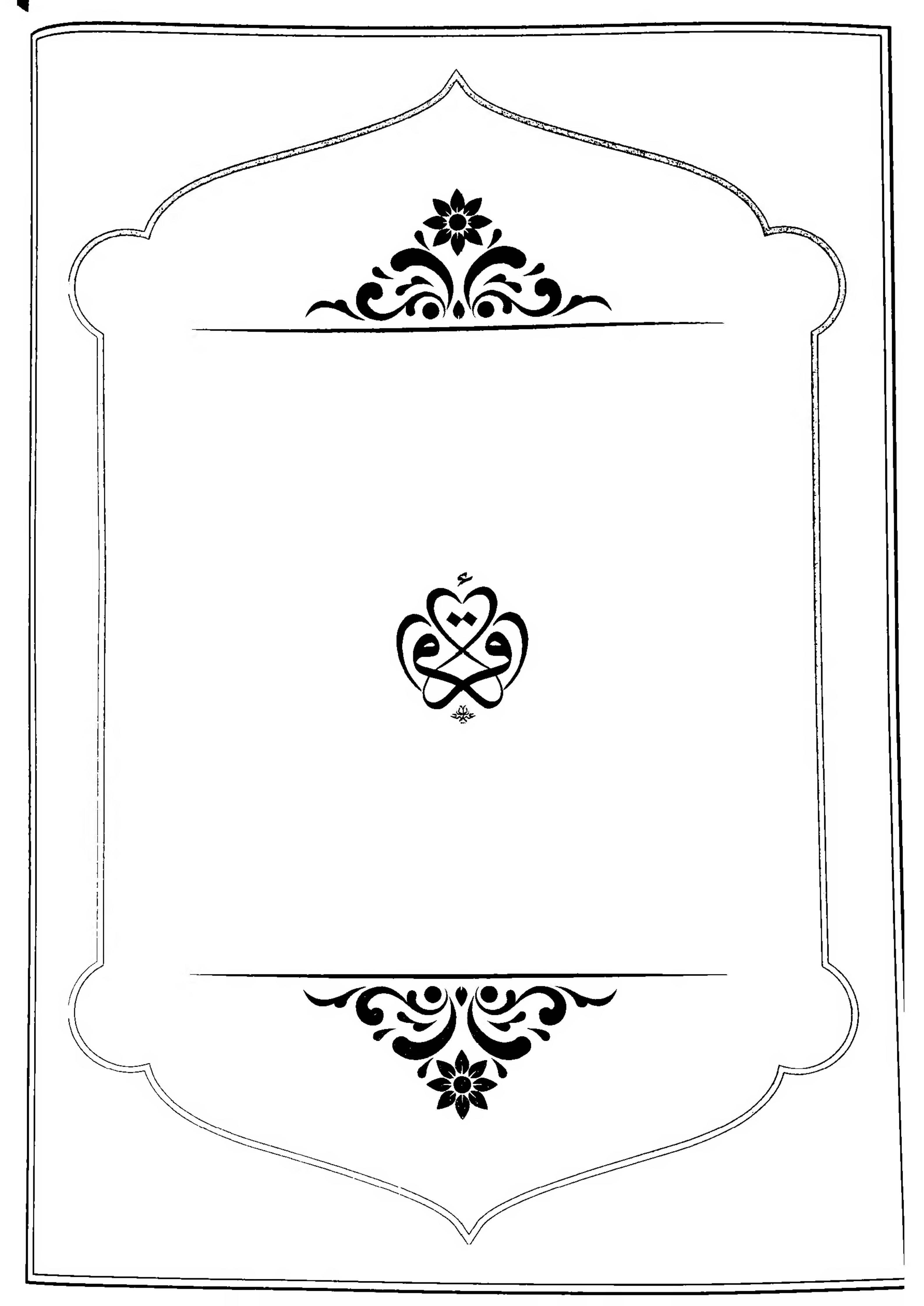
Hazırlanmasına emek verenler
İsmail Çelik
Lokman Köse
Ersin Vatansever
Ahmed Beşir Seyfettin
Ahmet acan

Baski / Cilt
Sistem matbaacılık
Zeytinburnu / Topkapı
0212 482 11 01



Oruç reis Mah, Tekstilkent Cad. B/10 Blok, No: 63
Tekstilkent Esenler İstanbul
Tel: 0212 567 12 09 WhatsApp 0535 830 11 16
Şifamatbaa@gmail.com - www.şifayinevi.com.tr





كتاب الشهادات: ....

(كتاب الشهادات)

أخَّرها عن «القضاء»؛ لأنها كالوسيلة، وهو المقصود.

[شروطها، وسبب وجوبها، ومحاسنها، وركنها، وحكمها]

وشروطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل، حتى قال صاحب «البحر»: إن شرائطها أحد وعشرون:

* شرائط **التحمل**: ثلاثة.

* وشرائط **الأداء**: سبعة عشر؛ منها: عشر شرائط عامة، ومنها: سبعة شرائط خاصة.

* وشرائط **نفس الشهادة**: ثلاثة.

* وشرط **مكانها**: واحد.

وسبب وجوبها: طلبُ ذي الحق أو خوفُ فوت حقه؛ فإن من عنده شهادةٌ لا يعلم بها صاحب الحق، وخاف فوتَ الحق: يجب عليه أن يشهد عليه بلا طلب[1]، انتهى.

هذا ليس بمسلَّم؛ لأنه لا يجب أن يَشهد بدون الطلب مطلقا، بل يجب عليه أن يعلم صاحب الحق بأنه يشهد له؛ فإن دعاه: وجب عليه، وإلا: فلا يجب، بل هو مقيَّد بأن يكون ادعى عند القاضي، ولم يجد شاهدا يُتِمُّ به مدَّعاه، وذلك الشاهد حاضر: يجب أن يشهد، فهذا فيه طلبٌ حكميٌّ؛ لأن المدَّعي ما ادعى عند الحاكم إلا وهو يطلب من يشهد له بحقه كما ذكره المقدسي.

ومحاسنها: كثيرة؛ منها: امتثال الأمر في قوله تعالى: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٨][٧٩/ب].

وركنها: استعمال لفظ الشهادة.

وحكمها: وجوب الحكم على القاضي بما ثَبَتَ بها.

وفي «المبسوط»: والقياس يَأبى كون الشهادة حجة ملزمة؛ لأنها تحتمل الصدق

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٥٧).

هي: «إخبارٌ بحقٍّ للغير على الغير ....

والكذب، والمحتمِل لا يكون حجة، إلا أن هذا القياس تُرِك بالنصوص والإجماع[١].

[الشهادة في اللغة]

و«الشهادة» في اللغة: خبر قاطع، وقد «شَهِد» -كـ«عَلِم وكَرُم»، وقد يُسكَّن هاؤه، و«شَهِده -كـ«سَمِعه»- شهودا»: حضره، فـ«هو شاهد»، و«قوم شُهود»؛ أي: حُضور، و«شهد له بكذا، شهادةً»؛ أي: أدَّى ما عنده، فـ«هو شاهد»، والجمع: شُهَّدٌ، وتمامه في «البحر»[٢]، فليطالع.

وفي «التبيين»: هي إخبار عن مشاهدةٍ وعيانٍ، لا عن تخمينٍ وحسبانٍ، هذا في اللغة، فلهذا قالوا: إنها مشتقة من «الشهادة» التي تنبئ عن المعاينة، وسُمِّي الأداء: «شهادة»؛ إطلاقا لاسم السبب على المسبب[٣]، انتهى.

وهو خلاف الظاهر، وإنما هو معناها الشرعي أيضا كما في «البحر»[٤].

[الشهادة في الشريعة]

وعن هذا قال:

(هي) أي: الشهادة: («**إخبارٌ**» شرعيٌّ **(بحقٍّ)** أي: بمال أو غيره **(للغير)** أي: حصل لغير المخبِر من كل الوجوه كما هو المتبادر.

* فيخرج عنه **الإنكار**؛ فإنه إخبار به لنفسه في يده.

* وكذا **دعوى الأصيل**؛ فإنه إخبار لنفسه في يد غير.

* وكذا **دعوى الوكيل**؛ فإنه ليس بإخبار للغير من كل الوجوه كما ظُنَّ كما في «القهستاني»[٥].

(على الغير)، فخرج **الإقرار**؛ إذ هو إخبار على نفسه، وتدخل فيه الشهادة بالزناء والبيع

---

(١) «المبسوط» للسرخسي (١٦/١١٢).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٥٥).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٠٦).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٥٥).

(٥) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٣٢).

عن مشاهدةٍ لا عن ظنٍّ».

ومن تَعيَّن لتحمُّلها: لا يَسَعه أن يَمتنِع منه. ويُفترَض أداؤها بعد التحمُّل إذا طُلِبتْ منه

ونحوهما.

(عن مشاهدةٍ لا عن ظنٍّ»)، وإليه الإشارة المصطفوية حيث قال: «**إذا رأيت مثل الشمس: فاشهَدْ، وإلّا: فدَعْ**»[1].

وفي «العناية»: وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن: «**إخبارٍ صادقٍ في مجلس الحكم بلفظة الشهادة**».

فـ«الإخبار» كالجنس يَشملها والأخبارَ الكاذبة، وقوله: «صادق» يُخرِج الكاذبة، وبعده يُخرِج الأخبار الصادقة غيرَ الشهادات[2]، انتهى.

ويَرِد عليه قول القائل في مجلس القاضي: «أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات»، والأولى أن يزاد: «لإثبات حق» كما في «الفتح»[3].

(**ومن تَعيَّن لتحمُّلها**) أي: الشهادة بأن لا يوجد غيره ممن هو أهل للشهادة: (**لا يَسَعه أن يَمتنِع منه**) أي: من التحمل إذا طلب؛ لأن في الامتناع من التحمل من تضييع الحقوق، وإن لم يتعين للتحمل بأن يوجد غيره: فهو مخير.

(**ويُفترَض أداؤها**) أي: أداء الشهادة (**بعد التحمُّل إذا طُلِبتْ**[4]) الشهادة (**منه**) أي: من الشاهد؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وهذا وإن كان نهيا عن الإباء والكتمان، لكن النهي عن الشيء يكون أمرًا بضده إذا كان له ضد واحد؛ لأن الانتهاء لا يكون إلا بالاشتغال به، فكان أداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان، فصار كالأمر به بل آكَدُ، ولهذا أسند الإثم إلى الآلة التي وقع بها

---

(١) أخرج بنحوه الحاكم في «المستدرك» (٤/١١٠/٧٠٤٥)، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٢٦٣/٢٠٥٧٩).

(٢) «العناية» للبابرتي (٧/٣٦٤).

(٣) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/٣٦٤).

(٤) وفي «الغرر» [مع «الدرر»] (٢/٣٧١): وتجب بالطلب في حق العبد إن لم يوجد بدلُه، دون حق الله تعالى؛ فإنها تجب بالطلب كعتق الأمة وطلاق المرأة. (**داماد، منه**).

إلا أن يقومَ الحقُّ بغيره. وسترُها في الحدود أفضَلُ. ....

الفعل، وهو: القلب[١]؛ لِما عُرِف أن إسناد الفعل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله، فقوله: «أبصرته بعيني» آكدُ من قولهم: «أبصرته»، وإسنادُه إلى أشرف الجوارح دليلٌ على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر.

ثم أداء الشهادة إنما يجب إذ كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء، وإن كان بعيدا بحيث لا يمكن أن يجيء إلى القاضي، ويرجع بعده في يومه هذا إلى منزله: لا يأثم بتركها، ولو كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشي: يجوز له الركوب على مركب المدَّعي، وإلا: فلا.

وفي «البحر»: لو شهد عند الشاهد عدلان: «أن المدَّعي قبض دينه»، أو «أن الزوج طلَّقها ثلاثا»، أو «أن المشتري أعتق العبد»، أو «أن الولي عفا عن القاتل»: لا يسعه أن يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل[٢][٨٠/أ].

(إلا أن يقومَ الحقُّ بغيره) بأن يكون في الصك سواه ممن يقوم به الحق، فحينئذ لا يفترض؛ لأن الحق لا يضيع بامتناعه، ولأنها فرض كفاية.

وفي «الدرر»: ثم إنه إنما يأثم إذا عَلِم أن القاضي يقبل شهادته، وتعيَّن عليه الأداء، وإن عَلِم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة، فأدَّى غيرُه ممن تقبل شهادته فقُبِلت: لا يأثم، وإن أدَّى غيره ولم تقبل شهادته: يأثم من لم يؤد إذا كان ممن تقبل شهادته؛ لأن امتناعه يؤدي إلى تضييع الحق[٣].

قال شيخ الإسلام: لو أخَّر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر، ثم أدَّى: لا تقبل؛ لتمكن التهمة.

(وسترُها) أي: ستر الشهادة (في الحدود أفضَلُ) من أدائها، يعني: أنه يخير بين أن يُظهِرها؛ لِما فيه من إزالة الفساد أو قلَّتِه، وبين أن يَسترها وهو أحسن؛ لقوله ﷺ للذي شهد

---

(١) إنما خص القلب بالإثم؛ لأنه رأس الأعضاء والمضغة التي إن صلحت: صلح الجسد كله، وإن فسدت: فسد الجسد كله، فكأنه قيل: قد تمكن الإثم في أصله نفسه وهلك أشرف مكان فيه، ولأن أفعال القلوب أعظم من أفعال سائر الجوارح، ألا ترى أن أصل الحسنات والسيئات الإيمان والكفر، وهما من أفعال القلوب. (داماد، منه).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٥٨/٧).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٧١/٢).

ويقول في السرقة: «أَخَذَ»، لا: «سَرَقَ».

وشُرِطَ للزنا أربعةُ رجالٍ، ....

عنده: «**لو سترته بثوبك لكان خيرا لك**»[1]، وفي الحديث: «**من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة**»[2]، وقد صح: أن النبي ﷺ لقَّن المُقرَّ بالزنا لدرء الحد عنه[3]، فشهر وكفى به قدوة، وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين، وأما قوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]: فذلك في حقوق العباد، وفي «البحر» تفصيل[4]، فليطالع.

(**ويقول**) الشاهد (**في**) شهادة (**السرقة**): «أشهد أنه (**أَخَذَ**[5]) ماله»؛ لئلا يلزم ترك الواجب، (**لا: «سَرَقَ»**)؛ للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال؛ لأن القطع والضمان لا يجتمعان، فاعتُبِر في السرقة السترُ مع الشهادة.

وحكي: أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف، فادَّعى رجل على آخَر أخذَ مالِه من بيته، فأقرَّ بالأخذ، فسأل الفقهاء، فأفتَوْا بقطع يده، فقال أبو يوسف: «لا؛ لأنه لم يُقرَّ بالسرقة، وإنما أقرَّ بالأخذ»، فادَّعى المدَّعي: «أنه سرق»، فأقرَّ بها، فأفتوا بالقطع، وخالفهم أبو يوسف، فقالوا له: «لم؟»، قال: «لأنه لمَّا أقر أولا بالأخذ: ثَبَتَ الضمان عليه، وسقط القطع، فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عنه»، فعجبوا منه.

(**وشُرِطَ للزنا أربعةُ رجالٍ**) من الشهود؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، ولقوله تعالى ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» (٤٣٧٧)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٧٢٣٤/٤٦١/٦)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٢١٨٩١/٢١٨-٢١٧/٣٦).

(٢) أخرجه بلفظه أبو داود في «سننه» (٤٩٤٦)، والطيالسي في «مسنده» (٢٥٦١/١٨٣/٤)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (١٠٤٩٦/٢٩٧/١٦)، وفيه: «أخيه» بدل: «مسلم»، وبمثله مسلم في «صحيحه» ٧١-(٢٥٩٠)، وابن ماجه في «سننه» (٢٥٤٦).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٦٨١٥)، ومسلم في «صحيحه» ١٦-(١٦٩١).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٥٧/٧).

(٥) وفي «الغاية» (٤/١٦٤/أ): قوله: «أخذ» أولى من «سرق»، وعلى هذا فيحتمل قول القدوري (٣٣٩/٦): «وجب أن يقول: أخذ» على معنى: «ثبت»، لا الوجوب المصطلح عليه عند الفقهاء. (داماد، منه).

وللقصاصِ وبقيّةِ الحدود رجلان، وللولادة والبَكارة وعيوبِ النساء مما لا يطّلِع عليه الرجالُ امرأةٌ، ....

شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، ولفظ {أَرْبَعَة} نصٌّ في العدد والذكورة كما في «البحر»[1].

وأُورِد: «إنكم لا تقولون بالمفهوم، فمن أين لكم عدم جواز الأقل؟».

أجاب الزيلعي: أنه بالإجماع، وأَورَد المعارضة بين هذه وبين قوله: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية[2]، وأجاب في «الفتح»: بأنها مبيحة، وتلك مانعة[3]، والتقديم للمانع.

وجهُ هذا الاشتراط: أنه تعال يحب الستر على عباده، وأوعد بالعذاب لمن أحبَّ إشاعة الفاحشة على المؤمنين، وفي اشتراط الأربع ووصفِ الذكورة تحقيق معنى الستر[٨٠/ب].

(و) شُرِطَ (**للقصاصِ وبقيّةِ الحدود**)، وكذا لإسلام كافرٍ ذكَرٍ وردَّةِ مسلمٍ كما في «التنوير»[4]، (**رجلان**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فلا تقبل شهادة النساء؛ لقول الزهري: «مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتَيْن[5] من بعده: أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص»[6]، ولشبهة البدلية؛ لأنها قائمة مقام شهادتهم، والحال أن الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات.

(و) شُرِطتْ (**للولادة والبَكارة وعيوبِ النساء مما لا يطّلِع عليه الرجالُ امرأةٌ**) حرةٌ مسلمةٌ؛ لقوله ﷺ: «**شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه**»[7]، والجمع المحلَّى

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٦٠).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٠٧).

(٣) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/٣٧٠).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥١).

(٥) وتخصيصهما -أي: أبي بكر وعمر ﷺ- بالذكر؛ لما ورد في حقهما من قوله ﷺ: «**اقتدوا من بعدي أبا بكر وعمر**». (**داماد، منه**).

والحديث: أخرجه الترمذي في «سننه» (٣٦٦٣)، وابن ماجه في «سننه» (٩٧)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٣٨/٢٨٠/٢٣٢٤٥).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/٥٣٣/٢٨٧١٤).

(٧) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/٢٦٤): «غريب». وقد أخرج الطبراني في «المعجم الأوسط» (١/١٨٩/٥٩٦)، والدارقطني في «سننه» (٥/٤١٦/٤٥٥٦) في إجازة النبي ﷺ شهادة القابلة، وعبد الرزاق في «المصنف» (٨/٣٣٣/١٥٤٢٥) عن ابن عمر موقوفا، وابن أبي شيبة في «المصنف» =

وكذا لاستهلالِ المولود في حقِّ الصلاة لا الإرثِ، ....

بالألف واللام[١] يراد به الجنس، فيتناول الأقل وهو الواحد، وهو:

* حجة على **الشافعي** في اشتراط الأربع، وهو قول عطاء؛ بناء على أن كل امرأتين مقام رجل واحد[٢].

* وعلى **مالك** في اشتراط امرأتين، وهو قول الثوري؛ لأنه لمَّا سقط اعتبار الذكورة: بقي العدد معتبرا[٣].

وفيه إشارة إلى أن الرجل لو شهد: لا تقبل شهادته، وهو محمول على ما إذا قال: «تعمَّدت النظر»، أما إذا شهد بالولادة: «فاجَأتُها، فاتَّفق نظري عليها»: تقبل شهادته إذا كان عدلا كما في «المبسوط»[٤].

هذا إذا تأيَّدت الشهادة بالأصل؛ لأنها لو قالت: «هي بكر»: يُؤجِّل القاضي في العنِّين سنة؛ لأن شهادتها تأيَّدت بالأصل هو البكارة، ولو قالت: «هي ثيب»: لا تقبل؛ لأنها تجرَّدت عن المؤيِّد.

وكذا في رد المبيع إذ اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن: «إنها ثيب»: يُحلَّف البائع؛ لينضمَّ نكوله إلى قولهن، والعيبُ يَثبت بقولهن، فيُحلَّف البائع كما في «الهداية»[٥].

فإن قلتَ: لو ثَبَتَ العيب بقولهن: لا يُحلَّف البائع، بل تُردُّ عليه الجارية، فكيف يكون تحليف البائع نتيجةً لثبوت العيب، وثبوتُ العيب إنما هو مُثبِت للرد لا للتحليف؟

قلت: معناه: العيب يثبت بقولهن في حق سماع الدعوى وحقِّ التحليف، حتى إنهن لو لم يقلن: «إنها ثيب»: ليس للمشتري ولاية التحليف.

(**وكذا**) شُرِط شهادة امرأة واحدة (**لاستهلالِ المولود في حقِّ الصلاة**) عليه بالإجماع؛ لأنها من أمور الدين، (**لا**) في حق (**الإرثِ**) عند **الإمام**؛ لأنه مما يطَّلع عليه الرجال.

= (٢٠٧٠٨/٣٢٩/٤) عن الزهري مقطوعا في جواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن.

(١) أي: في كلمة «النساء».

(٢) «التذكرة» لابن الملقن (ص: ١٤٩).

(٣) «التلقين» للثعلبي (٢/٢١٤).

(٤) «المبسوط» للسرخسي (١٦/١٤٤).

(٥) «الهداية» للمرغيناني (٣/١١٧).

وعندهما: في حقِّ الإرث أيضا، ولغير ذلك رجلان أو رجلٌ وامرأتان؛ مالا كان أو غير مالٍ كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية.

(**وعندهما: في حقِّ الإرث أيضا**) أي: كما تقبل شهادتها له في حق الصلاة؛ لأنه صوت عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة، فصار كشهادتهن على نفس الولادة.

وبقولهما قال **الشافعي** و**أحمد**، وهو أرجح كما في «الفتح»[١][١/٨١].

(و) شُرِط (**لغير ذلك**) المذكور من الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال (**رجلان أو رجلٌ وامرأتان؛ مالا كان**) الحق، (**أو غير مالٍ كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية**) والرجعة واستهلال صبي للإرث والعتاق والنسب.

وقال **الشافعي**: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالأجل وشرط الخيار؛ لأن الأصل عدم قبول شهادتهن؛ لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط، ولكن قبلت في الأموال ضرورةً باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها، فيقتصر عليها، وبه قال **مالك** و**أحمد** في رواية[٢].

ولنا: ما روي: أن عمر وعليًا ﭬ أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة[٣]، والأصل قبول شهادتهن؛ لوجود ما تبتغي أهلية الشهادة، وهي: المشاهدة والضبط والأداء، وما يتعرض لهن من قلة الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة، ولهذا تقبل فيما يندرئ بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت بالشبهات، وإنما لا تقبل شهادة أربع من غير رجل؛ كي لا يكثر خروجهن كما في «الهداية» وغيرها[٤].

وقال صاحب «العناية»: ولم يذكر الجواب عن قوله: «لنقصان العقل وقصور الولاية».

والجواب عن الأول: أنه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف، وبيان ذلك: أن للنفس الإنسانية أربع مراتب:

---

(١) «فتح القدير» لابن الهمام (٥٧٥/٧)، و«الحاوي الكبير» للماوردي (٤٠١/١٢)، و«عمدة الطالب» للبهوتي (ص: ٢٤٥).

(٢) «الأم» للإمام الشافعي (٥٠/٧)، و«مناهج التحصيل» للرجراجي (١١٠/٨)، و«المسائل الفقهية» لابن الفراء (٨٨/٣).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (١٧٩٦٨/٧٦/٤)، و(٢٢٦٨٩/٥١٦/٤): أن عمر ﭬ أجاز طلاق السكران بشهادة النسوة، وأخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٤٠١/٣٢٩/٨) من قول الشعبي.

(٤) «الهداية» للمرغيناني (١١٧/٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٠٩/٤).

وشُرِطَ للكلِّ الحريةُ والإسلامُ والعدالةُ ....

الأولى: استعداد العقل، ويسمى: «**العقل الهيولاني**»، وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم.

والثانية: أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات، فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالمفكرة، ويسمى: «**العقل بالملكة**»، وهو مناط التكليف.

والثالثة: أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب، ويسمى: «**العقل بالفعل**».

والرابعة: هو أن يستحضرها ويلتفتَ إليها مشاهدة، ويسمى: «**العقل المستفاد**».

وليس فيما هو مناط التكليف -وهو: العقل بالملكة- فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه إن شئت[١]؛ فإنه لو كان في ذلك نقصان: لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك، وقوله ﷺ: «**ناقصات عقل**»[٢]؛ المراد به: العقل بالفعل، ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا به، فتأمَّلْ[٣]، انتهى.

(**وشُرِطَ للكلِّ الحريةُ**)، فلا تقبل شهادة العبد، (**والإسلامُ**)، فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم.

وما في «الفتح» من: «أن الذمي أهلٌ للشهادة في الجملة»[٤] محمولٌ فيما إذا شهد الكافر على مثله.

(**والعدالةُ**)، وهي: كون حسنات الرجل أكثر من سيئاته، وهي الانزجار عما يعتقده حراما في دينه، وهذا يتناول الاجتناب من الكبائر وترك الإصرار على الصغائر.

وعن **أبي يوسف**: أن الفاسق إن كان وجيها ذا مروءة: تقبل شهادته.

---

(١) هكذا في الأصل، وفي «العناية»: «إن نَسِيت».

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣٠٤)، ومسلم في «صحيحه» ١٣٢-(٧٩).

(٣) «العناية» للبابرتي (٧/٣٧٢).

(٤) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/٤٢٠). قلنا قد أفاد تعليل الشارح ابن الهمام في المصدر السابق فلم يظهر لنا كيف قال الشارح هذا التوجيه.

ولفظُ الشهادةِ. ولا تصحُّ لو قال: «أعلَمُ» أو «أتيقَّنُ».

ولا يَسأَل قاضٍ عن شاهدٍ بلا طعنِ الخصمِ إلا في حدٍّ وقوَدٍ. وعندهما: يَسأَل في سائر الحقوق سرًّا وعلَنًا، ....

والأول أصحُّ، إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق: يصح عندنا، خلافا للشافعي[1].

ولنا: أن العدالة شرطُ وجوب العمل بالشهادة، لا شرط أهلية الشهادة؛ لأن الفاسق أهلٌ للقضاء والشهادة إلا أنه يمنع الخليفة من القضاء الفاسق، فحينئذ لا ينفذ القضاء بشهادة الفاسق[٨١/ب].

(و) شُرِطَ (**لفظُ الشهادةِ**) أي: لفظ «أشهدُ» في جميع ما تقدَّم؛ لورود عبارة النص كذلك، ولكونه من ألفاظ اليمين، فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشدَّ.

(**ولا تصحُّ** الشهادة (**لو قال: «أعلَمُ» أو «أتيقَّنُ»**) مكان «أشهد» مخالفا لما نطق به الكتاب.

واعلم: أن كل موضع لا يشترط فيه لفظ الشهادة كطهارة الماء والموت وهلال رمضان: لا يكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية، بل من قبيل الإخبار.

(**ولا يَسأَل قاضٍ عن شاهدٍ**): «كيف هو؟» (**بلا طعنِ الخصمِ**) عند الإمام؛ عملا بظاهر عدالة المسلم؛ لقوله ﷺ: «**المسلمون عدولٌ بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف**»[2]؛ فإن طعَن الخصمُ: يسأل القاضي في السر، وزكَّى في العلانية، (**إلا في حدٍّ وقوَدٍ**[3])؛ فإنه يسأل القاضي في السر ويزكي في العلانية فيهما؛ طعن الخصم أو لا بالإجماع؛ لأنه يحتال لإسقاطهما، فيشترط الاستقصاء فيهما.

(**وعندهما: يَسأَل في سائر الحقوق سرًّا وعلَنًا**) وإن لم يطعن الخصم؛ لأن بناء القضاء على الحجة، وهي شهادة العدل.

---

(١) قال الجويني في «نهاية المطلب» (١٩/٦٨): ولو قضى القاضي بشهادة رجلين، وبانا فاسقين، وتبيَّن اقتران فسقهما بوقت القضاء: ففي المسألة قولان؛ أقيسهما: أن الحكم منقوض؛ لأنه بأن من الشهود ما لو عُلِم حالةَ القضاء: لامتنع القضاء بشهادتهم، فأشبه الرق والكفر.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٣٢٥/٢٠٦٥٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٣٣٣/٢٠٨٣٠).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أو قَوَد».

ويه يُفتَى في زماننا. ويُجزِئ الاكتفاء بالسرِّ.

ويَكفِي للتزكية: «هو عدلٌ» في الأصح. ....

قيل: هذا اختلاف عصرٍ وزمانٍ، لا اختلاف حجةٍ وبرهانٍ؛ لأن عصره مشهود بالخير؛ لكونه قرنا ثالثا، وعصرُهما مسكوت عنه؛ لكونه قرنا رابعا؛ إذ فشا فيه الكذب؛ لتغير أحوال الناس[1].

(**وبه**) أي: بقول الإمامين (**يُفتَى في زماننا**)؛ لأن الفساد في هذا العصر أكثر كما في أكثر المعتبرات[2].

ومحلُّ السؤال على قولهما عند جهل القاضي بحالهم، ولذا قال في «البحر» نقلا عن «الملتقط»: القاضي إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة: لا يسأل عنهم[3].

(**ويُجزِئ الاكتفاء بالسرِّ**) في زماننا؛ تحرزا عن الفتنة.

و«**التزكية في السر**»: أن يبعث القاضي أمينا إلى المعدِّل العدلِ، ويكتبَ إليه كتابا فيه اسمُ الشاهد ونسبُه ومحلتُه ومسجدُه، فيسأل عن جيرانه وأصدقائه، فإذا عرَفهم بالعدالة: يكتب: «هو عدل»، فإذا عرَفهم بالفسق: يكتب: «الله أعلم»، أو لا يكتب شيئا؛ احترازا عن كشف السر، وإذا لم يَعرفهم بالعدالة أو بالفسق: يكتب: «هو مستور»، ويردُّه إلى القاضي سرا؛ كي لا يظهر فينخدعَ.

و«**التزكية في العلانية**»: أن يجمع القاضي بين المعدِّل والشاهد في مجلسه؛ لتنتفي شبهة تعديل غيره.

(**ويَكفِي للتزكية**) أن يقال: («**هو عدلٌ**» **في الأصح**)؛ لأن من نشَأ في دار الإسلام في

---

(١) قال رسول الله ﷺ: «**خير القرون قرني الذي أنا فيهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد**». (داماد، منه).
والحديث: أخرجه ابن أبي شيبة في «مسنده» (٢/٢٣٥/٧٢٤)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (١/٣١٠/١٧٧)، والنسائي في «الكبرى» (٨/٢٨٤/٩١٧٥)، وابن حبان في «صحيحه» (١٢/٣٩٩/٥٥٨٦).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/١١٨)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢١٠)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٦٣).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٦٣).

وقيل: لا بد من قوله: «عدلٌ جائزُ الشهادة». ولا يصحُّ تعديلُ الخصمِ بقوله: «هو عدلٌ، لكن أَخطأَ» أو «... نَسِيَ». فإن قال: «هو عدلٌ صِدقٌ»: ثَبَتَ الحق.

زماننا: كان الظاهر من حاله الحريَّةُ والإسلامُ، ولهذا لا يَسأل القاضي عن حرية الشاهد وإسلامه ما لم ينازعه الخصم.

(**وقيل: لا بد من قوله: «عدلٌ جائزُ الشهادة»**)؛ لأن العبد أو المحدود في قذف إذا تاب قد يكون عدلا مع أنه لا تجوز شهادة كل واحد منهما[٨٢/أ].

(**ولا يصحُّ تعديلُ الخصمِ بقوله: «هو عدلٌ، لكن أَخطأَ**» شهادته»)، (**أو «... نَسِيَ**) كيفية الوقعة»).

هكذا قال **الإمام**، يعني: تعديلَ المدَّعى عليه الشهودَ لا يصح، ومرادُه على قول من يرى السؤال عن الشهود، وأما على **قوله**: فلا يتأتى ذلك؛ لأنه لا يرى السؤال عن الشهود، ونظيرُه المزارعة؛ فإنه لا يراها، ومع هذا فرَّع عليها على قول من يرى.

وعنهما: أنه تجوز تزكيته، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[١]، لكن عند **محمد**: لا بد من ضم آخر إليه؛ لأنه لا يجوز تعديل الواحد **عنده**.

ووجه **الظاهر**: أن في زعم المدَّعي وشهودِه أن المدَّعى عليه ظالم كاذب في الجحود، وتزكيةُ الكاذب الفاسق لا يصح.

وأطلق «الخصم»، ولم يُقيِّده، لكن قيَّده صاحب «المنح» بـ«ما إذا كان لم يرجع إليه في التعديل»[٢]؛ لأنه إذا كان مما يرجع إليه في التعديل: صحَّ قوله كما صرَّح به في «البزازية»[٣].

فعلى هذا لو قيَّده كما قيَّد صاحب «المنح»: لكان أولى.

(**فإن قال**) الخصم: (**«هو عدلٌ صِدقٌ»**) أي: عادل صادق: (**ثَبَتَ الحق**) أي: حق

---

(١) قال ابن حجر الهيتمي في «تحفة المحتاج» (١٦٢/١٠): والأصح: أنه لا يكفي في التعديل قول المدعى عليه: «هو عدل، وقد غلط في شهادته». وقال ابن قدامة في «المغني» (٦٢/١٠): ولا يقبل الجرح من الخصم. وقال القرافي في «الذخيرة» (٢٣٨/١٠): وإن أراد الخصم تزكية الشاهد قبل أن يشهد لم يلزم القاضي ذلك.

قلنا: فعلم من هذا أن قول الشارح: «تجوز تزكيته» فيه ما فيه.

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (١١١/٢/ب).

(٣) «الفتاوى البزازية» (٥٠٠/١).

ويَكفِي الواحد لتزكيةِ السر والترجمةِ والرسالةِ إلى المزكِّي، والاثنان أحوَطُ. وعند محمد: لا بدَّ من الاثنَين. وتُشترَط الحريَّة في تزكيةِ العلانيةِ دون السر.

المدَّعي؛ لأنه إقرار منه بثبوت الحق، بخلاف ما لو قال: «هم عدول» ولم يزد عليه: حيث لا يلزمه شيء؛ لأنهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطأ، فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا كما في «الدرر»[1].

لكن في «البحر» نقلا عن الصدر الشهيد: أنه يكون مقرا بقوله: «صدقوا فيما شهدوا به عليَّ»، وبقوله: «هم عدول فيما شهدوا به عليَّ»[2].

(**ويَكفِي الواحد لتزكيةِ السر والترجمةِ والرسالةِ إلى المزكِّي**)، يعني: يصلح الواحد أن يكون مزكِّيا للشاهد، ومترجِما عن الشاهد، ورسولا من القاضي إلى المزكي عند **الشيخين**؛ لأن التزكية من أمور الدين، فلا يشترط فيها إلا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والأعمى[3] والمحدود في القذف التائب؛ لأن خبرهم مقبول في الأمور الدينية، (**والاثنان أحوَطُ**)؛ لأن فيه زيادة طمأنينة.

(**وعند محمد: لا بدَّ من الاثنَين**)، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[4]؛ لأن التزكية في معنى الشهادة؛ لأن ولاية القاضي تُبتنَى على ظهور العدالة، فيُشترَط فيه العدد كما يشترط العدالة.

ومحلُّ الاختلاف: ما إذا لم يرضَ الخصم بتزكية الواحد؛ فإن رضي: فجاز **إجماعا**.

هذا في تزكية السر، أما في تزكية العلانية: يُشترَط جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة **بالإجماع**؛ لأن معنى الشهادة فيها أظهرُ، ولذا يختصُّ بمجلس القاضي، وعن هذا قال:

(**وتُشترَط الحريَّة في تزكيةِ العلانيةِ دون السر**)، وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف.

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٧٣/٢).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٦٦/٧).

(٣) وإنما قلنا: «تجوز تزكية العبد والمرأة والأعمى»؛ لأن الترجمان لو كان أعمى: لا تجوز عند **الإمام**، وتجوز عند الثاني، وكذا لا تجوز أن يكون المترجم امرأة. (**دماد، منه**).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣١٨/٧)، و«المدونة» للإمام مالك (١١٣/٤)، و«الشرح الكبير» لأبي الفرج (٤٥٠/١١).

فصل: يَشهَد بكلِّ ما سَمِعَه أو رَآه كالبيعِ والإقرارِ وحكمِ الحاكم والغصبِ والقتلِ وإن لم يُشهَد عليه، ويقول: «أشْهَد» ....

ويشترط في تزكية شهود الزنا أربعة ذكور عند محمد كما في «الهداية»[1][٨٢/ب].

(فصل)
[في بيان أنواع ما يتحمَّله الشاهد]

لمَّا فرَغ من ذكر مراتب الشهادة: شرَع في بيان أنواع ما يتحمَّله الشاهد، وهو نوعان:

الأول: ما يثبت بنفسه بلا إشهاد.

والثاني: لا يثبت بنفسه، بل يحتاج إلى الإشهاد.

فشرَع في الأول، وقال:

(**يَشهَد بكلِّ ما سَمِعَه**) من المسموعات، (**أو رَآه**) من المبصِرات؛ (**كالبيعِ والإقرارِ وحكمِ الحاكم**): مثالُ ما كان من المسموعات كما في «الفرائد»[2]، لكن يمكن أن يكون مثالا لهما كما في «البحر»[3]، (**والغصبِ والقتلِ**): مثالُ ما كان من المبصرات، (**وإن**) -وصلية- (**لم يُشهَد**) من الأفعال -مبنيٌّ للمفعول- (**عليه**) أي: على ما ذُكر من جانب المدَّعي؛ لأن كل واحد منها ثابت الحكم بنفسه، (**ويقول: «أشْهَد»**) أنه باعَ أو أقرَّ؛ لأنه عايَن السبب، فوجبت عليه الشهادة به كما عايَن.

وهذا إذا كان البيع بالعقد: فظاهر، وإن كان بالتعاطي: فكذا؛ لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وُجِد.

وقيل: لا يشهدون على البيع، بل على الأخذ والإعطاء؛ لأنه بيعٌ حكميٌّ، وليس ببيع حقيقي كما في «التبيين»[4].

لكن في «البزازية»: ولو شهدوا بالبيع: جاز[5].

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١١٩/٣).

(٢) «الفرائد» للسواسي (٤٨٠/أ).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧٠/٧).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢١٣/٤).

(٥) «الفتاوى البزازية» (٥٧٧/١).

لا «أشهَدَني». ولا يَشهَد على شهادةِ غيرِه إذا سَمِعَ أداءَها أو إشهادَ الغير عليها ما لم يُشهَد هو عليها.

ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء؛ لأن الشراء بثمن مجهول لا يصح.

(**لا**) يقول: (**«أشهَدَني»**) فيما لا إشهاد فيه؛ لأنه غير واقع، فيكون كذبا.

وفي «التبيين»: ولو سمع من وراء الحجاب: لا يسعه أن يشهد؛ لاحتمال أن يكون غيرَه؛ إذ النغمة تُشبِه النغمة، إلا إذا كان في الداخل وحده، وعلم الشاهد أنه ليس فيها غيرُه، ثم جلس على المَسلك وليس له مسلك غيرُه، فسمع إقرار الداخل ولا يراه؛ لأنه يحصل به العلم، وينبغي للقاضي إذا فسَّر له أن لا يقبله.

وقالوا: إذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب: لا يجوز أن يشهد عليها إلا إذا كان يرى شخصها وقت الإقرار[١].

قال الفقيه أبو الليث: إذا أقرَّت امرأة من وراء حجاب، وشهد عنده اثنان: «أنها فلانة بنت فلان بن فلان»: لا يجوز لمن سمع إقرارها أن يشهد عليها، إلا إذا رأى شخصها حال ما أقرت: فحينئذ يجوز أن يشهد على إقرارها برؤية شخصها، لا رؤية وجهها.

قال أبو بكر الإسكاف: المرأة إذا حسَرت عن وجهها، فقالت: «أنا فلانة بنت فلان بن فلان، وقد وهبتُ لزوجي مهري»: فإن الشهود لا يحتاجون إلى شهادة عدلين: «إنها فلانة بنت فلان بن فلان» ما دامت حية؛ إذ يمكن للشاهد أن يشير إليها، فإن ماتت: فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين: «أنها فلانة بنت فلان بن فلان» كما في «الدرر»[٢].

ثم شرَع في النوع الثاني، فقال:

(**ولا يَشهَد على شهادةِ غيرِه إذا سَمِعَ أداءَها**) أي: لا يشهد على شهادة شاهدٍ مع من سمع الشهادة؛ سواء سمع في مجلس القاضي أو غيره؛ لأن هذه الشهادة غير ثابت الحكم بنفسه بل بالقاضي، فيستلزم التحميل مع أنه لم يتحمله حيث لم يشهد عليه، (**أو إشهادَ الغير عليها**) أي: لا يشهد على شهادة شاهد من سمع إشهادَه على الشهادة (**ما لم يُشهَد هو**) أي: شاهد الأصل (**عليها**) أي: على الشهادة.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢١٣-٢١٤).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٧٤).

ولا يَعمَل شاهدٌ ولا قاضٍ ولا راوٍ بخطِّه ما لم يتذكَّر. وعندهما: يجوز إن كان الخطُّ محفوظا في يده.

توضيحه: قال شاهد لشخص: «اشْهَد مني: أن فلانا أقرَّ عندي بكذا»، فسمع آخر هذا القول: لا يجوز للسامع أن يشهد؛ لأن كلا من الشهادة والإشهاد غيرُ ثابت الحكم بنفسه، بل بنقل إلى مجلس القضاء، وذا يستلزم التحميل والإنابة وهو لم يوجد؛ لأنه ما حمَّله بالإشهاد، وإنما حمَّل غيره قبل أن سمع عند القاضي أن الشاهد يشهد بشهادةٍ حلَّ للسامع أن يشهد[٨٣/أ].

(**ولا يَعمَل شاهدٌ ولا قاضٍ ولا راوٍ بخطِّه ما لم يتذكَّر**) أي: لا يحلُّ **للشاهد** إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر، ولا **للقاضي** إذا وجد ديوانه مكتوبا بشهادة شهودٍ ولا يحفظ أنهم شهدوا بذلك، أو قضيَّةً قضاها: أن يحكم بتلك الشهادة، ولا أن يمضي تلك القضية، ولا **للراوي** إذا وجد مكتوبا بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه: أن يروي؛ حتى يتذكر الشهادة أو القضية أو الرواية.

قيل: هذا عند **الإمام**؛ لأن الشهادة والقضاء والرواية لا يحل إلا عن علمٍ ولا علم هنا؛ لأن الخط يشبه الخط.

(**وعندهما: يجوز**) كلٌّ من الشهادة والقضاء والرواية (**إن كان الخطُّ**(١) **محفوظا في يده**) وإن لم يتذكر الحادثةَ؛ لوقوع الأمن حينئذ من الزيادة والنقصان، فيكون الخلاف حينئذ فيما إذا كان محفوظا في يده؛

فعنده: لا يجوز؛ سواء كان الخط محفوظا في يده أو لا.

وعندهما: يجوز إن كان محفوظا في يده، وإلا: فلا.

وقال بعضهم: الخلاف مطلقٌ، فعند **الإمام**: لا يجوز مطلقا، **وعندهما**: يجوز مطلقا؛ لأن الظاهر أنه خطه، والعملُ بالظاهر واجب.

لكن في «البحر» وغيرِه: وجوَّز **محمد** في الكل، وجوَّزه **أبو يوسف** للراوي والقاضي دون الشاهد.

قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن يفتى بقول محمد، وجزَم في «البزازية»: بأنه

---

(١) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «الخط».

ولا يَشهد بما لم يُعايِنْه إلا النسبَ والموتَ والنكاحَ والدخولَ وولايةَ القاضي وأصلَ الوقف

يفتى بقول **محمد**[١].

وفي «السراج»: وما قاله **أبو يوسف** هو المعوَّل به[٢].

وفي «المنح»: وقولهما هو الصحيح[٣].

فعلى هذا ينبغي للمصنف التفصيل.

(**ولا يَشهد**) أحد (**بما لم يُعايِنْه**) بالإجماع؛ لما تلَوْناه آنفا، (**إلا النسبَ**) بأن فلانا بن فلان، أو أخوه، (**والموتَ**) بأن فلانا قد مات، (**والنكاحَ**) بأن فلانا تزوَّج فلانة، (**والدخولَ**) بأن فلانا تزوج فلانة، ودخل بها، (**وولايةَ القاضي**) بأن فلانا قد تولى القضاء من جهة فلان الإمام، (**وأصلَ الوقف**) بأن فلانا وقف هذه الضيعة -مثلا-، هذا إذا لم يستند إلى الملك كما قرَّرناه في آخر الوقف.

والقياس: أن لا تجوز الشهادة بالتسامع في المسائل المذكورة أيضا.

ووجه الاستحسان: أن هذه الأمور تَختصُّ لمعاينة أصحابها خواصُّ الناس، وتتعلق بها الأحكام، فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع: لتعطَّلت أحكامها، بخلاف البيع ونحوه.

قوله: «أصل الوقف» احترازٌ عن شرائطه؛ لما في «البزازية»: وفي الوقف أنها تقبل بالتسامع على أصله، لا على شرائطه، وهو الصحيح[٤]، وكلما يتعلق بصحة الوقف وتتوقف عليه: فهو من أصله، وما لا تتوقف عليه الصحة: فهو من الشرائط.

وفي «الفصول العمادية»: المختار: أن لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف.

وفي «المجتبى»: المختار: أن تقبل كما بيَّناه في آخر الوقف.

وظاهر التقييد بما ذكر من الأشياء الستة يدلُّ على عدم قبولها به في غيرها من الولاء والعتق، واختُلِف في نقل الاختلاف في العتق؛ فنقل السرخسي: عدم قبولها فيه إجماعا[٥]،

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٧٢)، و«الفتاوى البزازية» (١/٥٥٩).

(٢) «سراج الوهاج» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٣٧١/ب).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١١٣/أ).

(٤) «الفتاوى البزازية» (١/٥٥٦).

(٥) «المبسوط» للسرخسي (١٦/١٥٠).

إذا أَخبَرَه بها مَن يَثِق من عدلَين أو عدلٍ وعدلتَين. وفي الموت يَكفِي العدل ولو أنثى، هو المختار.

ونقل الحلواني: أنه على الاختلاف المنقول في الولاء؛ فعن **أبي يوسف**: الجواز فيهما.

ومن ذلك: المهرُ، وظاهر التقييد أنه لا تقبل فيه به، ولكن في «البزازية» و«الظهيرية» و«الخزانة»: أن فيه روايتين، والأصح الجواز، وتمامه في «البحر»[١]، فليطالع.

(**إذا أَخبَرَه بها**) أي: فله أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره (**مَن يَثِق**[٢] **من عدلَين أو عدلٍ وعدلتَين**)؛ لأنه أقل نصاب يفيد نوع العلم الذي يُبتنَى عليه الحكم في المعاملات.

قوله: «إذا أخبره» يدل على أن لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل، وأما الذي يشهد عند القاضي: فلا بد له من لفظها.

وشرطت في «العناية» لفظة الشهادة على ما قالوا: والاكتفاء بإخبار رجلين أو رجل وامرأتين **قولهما**، أما على قول **الإمام**: فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر[٣].

(**وفي الموت يَكفِي العدل ولو**) كانت (**أنثى، هو المختار**) كما في «الفتح» وغيره[٤]؛ لأن الناس يكرهون تلك الحالة، فلا يحضره غالبا إلا واحد عدل أو واحدة عدلة[٨٣/ب].

وفي «التبيين»: أنه لا بد من خبر عدلين في الكل إلا في الموت[٥].

وصحح في «الظهيرية»: أن الموت كغيره.

وإنما تشترط العدالة في المخبر في غير المتواتر، أما في المتواتر: فلا يشترط العدالة، ولا لفظ الشهادة كما في «الخلاصة».

وفي «البحر» وغيره: وفي الموت مسألة عجيبة هي: إذا لم يعاين الموت إلا واحد، ولو شهد عند القاضي: لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع، قالوا: يخبر بذلك عدلا مثله، وإذا

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٧٣)، و«الفتاوى البزازية» (١/٥٥٧).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «به».

(٣) «العناية» للبابرتي (٧/٣٩٠).

(٤) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٢٤)، و«فتح القدير» لابن الهمام (٧/٤٢٤)، و«الفتاوى البزازية» (١/٥٥٦).

(٥) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢١٥).

ويَشهَد من رَأَى جالسا مجلسَ القضاء يَدخُل عليه الخُصوم: «أنه قاضٍ»، ومن رَأى رجلا وامرأة يَسكُنان معا وبينهما انبساطُ الأزواج: «أنها زوجتُه»، ومن رَأى شيئا سِوى الآدمي في يدِ متصرِّفٍ فيه تصرُّف المُلاَّك: «أنه له» إن وَقَعَ في قلبه ذلك. والآدميُّ إن عُلِمَ رِقُّه أو كان صغيرًا لا يُعبِّر عن نفسه:.......................

سمع منه: حلَّ له أن يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد، فيقضي بشهادتهما[١].

(**ويَشهَد من رَأَى جالسا مجلسَ القضاء**) حال كون الجالس (**يَدخُل عليه الخُصوم: «أنه قاضٍ»**) أي: يحل أن يشهد الرائي على أن ذلك الجالس قاضٍ وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه؛ لأن ذلك علامة ظاهرة له.

(**و**) يَشهَد (**من رَأَى رجلا وامرأة يَسكُنان معا**) في بيت، (**وبينهما انبساطُ الأزواج: «أنها زوجتُه»**) أي: حلَّ له أن يشهد بذلك وإن لم يعاين عقد النكاح.

وظاهره: الاكتفاء بالرؤية، لكن ذكر غيرُه أنه لا بد من الإخبار بأنها زوجته كما في «التبيين»[٢].

(**و**) يَشهَد (**من رَأَى شيئا سِوى الآدمي في يدِ متصرِّفٍ**) عُرِف بوجهه واسمه ونسبه (**فيه تصرُّف المُلاَّك: «أنه**) أي: ذلك الشيء (**له»**) أي: للمتصرف (**إن وَقَعَ في قلبه**) أي: قلب الرائي (**ذلك**) أي: كونه له وإن لم يعاين أسباب الملك؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك؛ إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها، فيكتفي بها.

وفي «البحر»: قوله: «إن وقع في قلبه ذلك» روايةٌ عن **أبي يوسف**، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق **محمد** في الرواية، وفي «الفتح»: قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ، فهو قولهم جميعا[٣]، انتهى.

ومن ثمة قيَّده بـ«وقوعه في القلب»، فلو رأى دُرَّةً في يد كنَّاس أو كتابا في يد جاهل: لا يشهد بالملك له بمجرد يده كما في «البزازية»[٤].

(**والآدميُّ**) أي: لو رأى شيئا وهو آدمي (**إن عُلِمَ رِقُّه أو كان صغيرًا لا يُعبِّر عن نفسه**)

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٧٥)، و«المحيط البرهاني» لابن مازة (٨/٣٠٦).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢١٥).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٧/٧٥)، و«فتح القدير» لابن الهمام (٧/٣٩٤).

(٤) «الفتاوى البزازية» (١/٥٥٥).

فكذلك. ولو فَسَّرَ للقاضي أنه بالتسامع أو بمعاينة اليد: لا يَقبَلها. ....

أي: لا يكون مميِّزا: (فكذلك)، يعني: يحل للرائي في يد متصرِّف فيه تصرُّف المُلاَّك أن يشهد بالملك لذي اليد؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وكذلك الصغير الذي لا يُعبِّر عن نفسه لا يد له، فثبت يد المولى عليه حقيقة، فصار كالمتاع.

وإن كان كبيرا، أو صغيرا يُعبِّر عن نفسه، ولم يعلم رقه: لا يحل للرائي أن يشهد بالملك لذي اليد؛ لأن لهما يدا على نفسهما تدفع يد الغير عنهما، فانعدم دليل الملك.

وعن **الإمام**: أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثبات، وإنما يشهد بالملك لذي اليد بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره، فلو أخبرَاه: لم تجز له الشهادة بالملك له كما في «الخلاصة».

وفي «البحر»: أن القاضي إذا رأى عينا في يد رجل: فإنه يجوز له القضاء بالملك له كما في «البزازية» وغيرها[1]، وبه ظهَر: أن قولَ الزيلعي في تقرير: «أن الشاهد إذا فسَّر للقاضي أنه عن سماع أو معاينة يد: لم يقبله»؛ «لأن القاضي لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده، ولا برؤية نفسه في يد إنسان»[2] سهوٌ[3]، انتهى.

وفيه كلام؛ لأن مراد الزيلعي: أن القاضي لا يقضي به قضاءً محكَما مبرَما بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل أنه صرَّح قُبَيل هذا: بأنه يقضي به قضاء تركٍ بمعنى: أنه يترك في يد ذي اليد ما دام خصمه، لا حجةً له كما ذكره المقدسي، تدبَّرْ.

(**ولو فَسَّرَ** الشاهد (**للقاضي أنه**[4] **بالتسامع**) في موضعٍ يجوز فيه أن يشهد بالتسامع بأن يقول: «إني أشهد على هذا بالاستماع»، (**أو بمعاينة اليد**) بأنْ يقول: «أشهد به لأني رأيته في يده»: (**لا يَقبَلها**) أي: لا يقبل القاضي شهادتَه إلا في الوقف والموت، فتقبل لو فسَّر للقاضي أنه أخبره من يثق به على الأصح.

قال يعقوب باشا: وذُكِر في بعض الشروح: أن الشهادة في الوقف تقبل وإن فسَّرها، وفي النسب والنكاح أيضا وإن فسَّرها في **الأصح**، وفي الموت إن كان مشهورا وإن فسَّرها

---

(١) «الفتاوى البزازية» (٥٥٨/١)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٧٦/٧).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٣٢/٤).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧٦/٧).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «شهد».

ومن شَهِدَ: «أنه حَضَرَ دفْنَ زيدٍ» أو «صلَّى عليه»: قُبِلت وهو عِيانٌ.

بأنه سمعه وإن لم يعاين[١]، انتهى.

لكن إذا أسند إلى من يوثق به كما في «البحر»[٢].

وفي الزاهدي: شهدا فيما يصح بالشهرة، وقالا: «لم نعاين، ولكن اشتهر عندنا»: تقبل.

(ومن شَهِدَ: «أنه حَضَرَ دفْنَ زيدٍ» أو «صلَّى عليه»: قُبِلت) شهادته بالاتفاق[٨٤/أ]، (وهو) أي: حضور دفن زيد أو صلاته عليه (عِيانٌ) للموت حكما، حتى: لو فسَّر للقاضي: قُبِل؛ لأنه لم يشهد إلا بما علم، فوجب قبولها.

(باب من تُقبَل شهادته ومن لا تُقبَل)

لمَّا فرغ من بيان ما تُسمَع فيه الشهادة وما لا تُسمَع: شرَع في بيان من تُسمَع منه الشهادة ومن لا تسمع، وقدَّم ذلك على هذا؛ لأنه محالُّ الشهادة، والمحالُّ شروطٌ، والشروطُ مقدَّمة على المشروط كما في «العناية»[٣]، لكن المشروط هو الشهادة لا من تسمع منه الشهادة، تأمَّلْ.

وفي «البحر»: يقال: «قَبِلت القول»: حملتُه على الصدق، كذا في «المصباح»[٤]. والمراد: مَن يجب قبول شهادته على القاضي ومن لا يجب، لا من يصح قبولها ومن لا يصح؛ لأن من جملة ما ذكره: ممن لا تقبل الفاسق، وهو لو قضى بشهادته: صحَّ، بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد والأصل.

لكن في «خزانة المفتين»: إذا قضى بشهادة الأعمى، أو المحدود في القذف إذا تاب، أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه، أو بشهادة الوالد لولده أو عكسه: حتى لا يجوز للثاني إبطاله وإن رأى إبطاله، انتهى.

فالمراد من عدم القبول: عدمُ حله[٥]، انتهى.

---

(١) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (٩٩/أ).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧٦/٧).

(٣) «العناية» للبابرتي (٣٩٧/٧).

(٤) «المصباح» للفيومي (٤٨٨/٢).

(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧٧/٧).

باب من تُقبَل شهادته ومن لا تُقبَل: لا تُقبَل شهادةُ الأعمَى، خلافا لأبي يوسف فيما إذا تحمَّلها بصيرا.

[من لا تُقبَل شهادته]

(**لا تُقبَل شهادةُ الأعمَى**) عند **الطرفين**؛ سواء كان فيما يسمع أو لا؛ لأن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يُميِّز الأعمى إلا بالنغمة، وهي غير معتبرة؛ لشبهها بنغمة أخرى.

وقال **زفر** -وهو رواية عن **الإمام**-: تقبل فيما يجري فيه التسامع؛ لأنه في السماع كالبصير.

وفي «البحر»: واختاره في «الخلاصة»، وعزاه إلى «النصاب»: جاز ما به من غير حكاية خلاف[1]، انتهى.

لكن لم يذكر في «الخلاصة»: أنه مختار، وإنما قال: وفي «النصاب»: «وشهادة الأعمى لا تجوز إلا في النسب والموت وما يجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع»، فكان ينبغي أن يقول: «وجزم به في «النصاب» من غير ذكر خلاف» كما ذكره المقدسي.

(**خلافا لأبي يوسف**) و**الشافعي** في الدين والعقار[2] (**فيما إذا تَحمَّلها بصيرا**).

وإنما قيَّدنا بـ«الدين والعقار»؛ لأن في المنقول لا تقبل شهادته اتفاقا؛ لأنه يحتاج إلى الإشارة، والدينُ يُعرَف ببيان الجنس والوصف، والعقارُ بالتحديد، وكذا في الحدود لا تقبل اتفاقا.

قيَّد بقوله: «إذا تحمَّلها بصيرا»؛ لأنه لو تحمَّلها أعمى: لا تقبل اتفاقا كما في «شرح المجمع» وغيره[3]، لكن المراد: اتفاق غير **مالك**، وإلا: فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته[4]، تدبَّرْ.

وفي «الهداية»: ولو عَمِي بعد الأداء يمتنع القضاء عند **الطرفين**؛ لأن قيام أهلية الشهادة شرطٌ وقت القضاء؛ لصيرورتها حجة **عنده**، وصار كما إذا خَرِس أو جُنَّ أو فسق، بخلاف

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٧٧).

(٢) «روضة الطالبين» للنووي (١١/٢٧١).

(٣) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٧٠٤)، و«المبسوط» للسرخسي (١٦/١٢٩).

(٤) «التلقين» للثعلبي (٢/٢١٤).

ولا شهادةُ المملوكِ والصبيِّ إلا إن تَحمَّلَا حال الرِّقِّ والصِّغَرِ، وأَدَّيَا بعد العتقِ والبلوغِ.

ما إذا ماتوا أو غابوا؛ لأن الأهلية بالموت انتهت، وبالغيبة ما بطلت[١].

وعند **أبي يوسف**: لا يمتنع القضاء؛ لأنه لا أثر في نفس قضاء القاضي للعمى العارض للشاهد بعد أداء شهادته، فيكون الأداء عنده حجة.

(**ولا**) تُقبَل (**شهادةُ المملوكِ**)؛ سواء كان قِنًّا أو مدبَّرا أو مكاتبا أو أم ولد أو معتق البعض، (**والصبيِّ**)؛ لأن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية لهما، (**إلا إن تَحمَّلَا**) أي: الشهادة (**حال الرِّقِّ والصِّغَرِ، وأَدَّيَا بعد العتقِ والبلوغِ**)؛ لأنهما أهلٌ للتحمل؛ لأن التحمل بالمشاهدة والسماع، ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط، وهما لا ينافيان ذلك، وهما أهل عند الأداء.

وأشار إلى أن الكافر إذا تحمَّلها على مسلم، ثم أسلم، فأدَّاها: تقبل، وكذا الزوج إذا تحمَّلها لامرأته، فأَبَانها، ثم شهد لها.

وفي «الخلاصة»: ومتى رُدَّت الشهادة لعلة، ثم زالت العلة، فشهد في تلك الحادثة: لا تقبل إلا في أربعة؛ العبد، والكافر على المسلم، والأعمى، والصبي.

وفي «النصاب»: إذا شهد المولى لعبده، فرُدَّت، ثم شهد بعد العتق: لا تقبل.

والمراد من «الصِّغَر»: أن يكون صاحب تمييز؛ لأن مطلق الصغر ليس بأهل لتحمُّل الشهادة، فعلى هذا لو قال: «والتمييز» مكان «الصغر» كما في «التنوير»[٢]: لكان أولى.

وفيما قاله يعقوب باشا من: «أنه لا يجوز للقاضي أن يقبل شهادة المملوك، ويحكمَ به، وإن حكم: لا يصح؛ لأنه غير مجتهد»[٣]: فيه كلام؛ لأن صاحب «الكافي» قال: وردُّ شهادة المملوك والصبي، خلافا لمالك فيهما، فيكونان مجتهدا فيهما[٤]، تتبَّع[٨٤/ب].

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٢١/٣).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٢).

(٣) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (٩٩/ب).

(٤) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (١١٤/٢/أ).

قال الرجراجي في «مناهج التحصيل» (١١٤/٨): لا خلاف في المذهب: أن شهادة الصبيان الذكور جائزة في الجراح، ولا خلاف: أن شهادتهم في الحقوق غير جائزة، وفي شهادتهم في القتل قولان منصوصان في «الكتاب»: أحدهما: جوازها، وهو قول ابن القاسم، والثاني: منعها، وهو قول أشهب. اهـ.

وقال الثعلبي في «المعونة» (ص: ١٥٢٦): وإنما شرطنا الحرية، خلافًا لداود في قوله: إن شهادة العبد مقبولة لسيده ولغيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢]، وهذه الإضافة تفيد -

ولا شهادةُ المحدودِ في قذفٍ وإن تابَ إلا إن حُدَّ كافرٌ ثم أَسلَمَ.

(ولا) تُقبَل (**شهادةُ المحدودِ في قذفٍ**) أي: لقذفه (**وإن**) -وصلية- (**تاب**) **عندنا**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، وقولُه تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٥] استثناء منفصل؛ لأن قوله تعالى: ﴿أُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤] كلامٌ مبتدأٌ ليس من جنس الأول؛ إذ هو إخبار، وما قبله أمرٌ ونهيٌ، فلا يمكن إثبات الشركة بينهما في المعنى، فإذا صار منقطعا عن الأول: لا ينصرف الاستثناء المذكور إلى ما قبله.

وفي «البحر»: والأوجه أنه متصل[1]، وتمامه في «الفتح»[2] فليراجع؛ ولأن رد شهادته من تمام حده، وفيه إشارة إلى أن الشهادة قبل الحد تقبل.

وفي «المبسوط»: لا تسقط شهادة القاذف ما لم يُضرَب تمام الحد، وعن الإمام: سقوطها يضرب الأكثر، وعنه أيضا: سقوطها بضرب واحد[3].

وعند **الأئمة الثلاثة**: تقبل إذا تاب؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٥]؛ إذ الاستثناء متى يعقب كلماتٍ معطوفاتٍ ينصرف إلى جميع ما تقدَّم، ولأن الموجب لرد شهادته فسقُه وقد ارتفع بالتوبة، لكن ردُّ الشهادة لأجل **أنه** حد لا للفسق، ولهذا لو أقام أربعةً بعدما حُدَّ على أنه زنى: تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح؛ لأنه لو أقامها قبله: لم يحدَّ، فكذا لا تُردُّ شهادته كما في «التبيين»[4].

فعلى هذا لو قيَّد بقوله: «إن لم يُقِم بينة على صدق مقالته»: لكان أولى، تدبَّرْ.

(**إلا إن حُدَّ كافرٌ ثم أَسلَمَ**): فتقبل على الكافر، وعلى أهل الإسلام ضرورةً؛ لأن هذه الشهادة شهادةٌ أخرى حَدَثت بعد الإسلام، ولم يلحقها ردٌّ بسبب الحد، بخلاف العبد إذا حُدَّ، ثم عُتِق: حيث لا تقبل شهادته؛ لأنه لا شهادة للعبد أصلا في حال رقه، فيتوقف الرد على حدوثها، فإذا حدَث: كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده.

= الحرية دون الإسلام؛ لأن غير المسلم ليس بعدل، ولأنه نوع نقص يمنع الميراث بينه وبين الأحرار، فوجب أن يمنع قبول الشهادة كالكفر. اهـ.

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٧٩).

(٢) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/٤٠٠).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (٥/٣٤٠).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢١٩).

ولا الشهادةُ لأصلِه وإن علاَ، وفرعِه وإن سَفَلَ، وعبدِه، ومكاتبِه، ومن أحدِ الزوجَيْن للآخَر، ....

(ولا) تُقبَل (**الشهادةُ لأصلِه وإن**) -وصلية- (**علاَ**)؛ سواء كان الجد صحيحا أو فاسدا (**وفرعِه وإن سَفَلَ**)؛ لقوله ﷺ: «**لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده**»[1]؛ ولأن المنافع بينهما على وجه الاتصال، فلا يخلو من تمكُّن التهمة، ولهذا تقبل على أصله وفرعه، إلا إذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه: فإنها لا تقبل.

أطلق الفرع، فشمل الولد من وجه، فلا تقبل شهادة ولد المُلاعِن لأصوله، أو هو له، أو لفروعه؛ لثبوته من وجه.

وتقبل شهادة الولد من الرضاع له، وتجوز شهادة الرجل لأم زوجته وأبيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه.

(**وعبدِه**) أي: ولا تقبل شهادة المولى لعبده؛ سواء كان للعبد دينٌ أو لم يكن؛ لقوله ﷺ: «**لا تقبل شهادة المولى لعبده**»[2]؛ ولأنه شهادة من نفسه من وجه، (**ومكاتبِه**)؛ لكونه عبدا رقبة.

(و) لا تُقبَل (**من أحدِ الزوجَيْن للآخَر**)؛ لقوله ﷺ: «**لا تقبل شهادة المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته**»[3].

وقال **الشافعي**: تجوز بلا فرق[4].

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٨٢/٤): غريب... وقال في الخلاصة: رواه الخصاف بإسناده عن النبي ﷺ. اهـ. وقال ابن الهمام في «فتح القدير» (٤٠٤/٧): لكن الخصاف -وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكابر المشايخ أنه كبير في العلم- رواه بسنده إلى عائشة ؓ: ثنا صالح بن زريق -وكان ثقة-، ثنا مروان بن معاوية الفزاري، عن يزيد بن زياد الشامي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة ؓ، عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده...**»، انتهى.

وأخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٤٧١/٣٤٣/٨) من قول عمر ؓ، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٢٨٥٩/٥٣١/٤) من قول شريح، وعبد الرزاق في «المصنف» (١٥٤٧٦/٣٤٤/٨)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٢٨٦٠/٥٣١/٤) من قول إبراهيم النخعي.

(٢) سبق تخريجه في حديث عدم قبول شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده.

(٣) سبق تخريجه في حديث عدم قبول شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده.

(٤) «اللباب» للمحاملي (ص: ٤١٢).

ولا الشريكِ لشريكِه فيما هو من شركتِهما.

ولا شهادةُ المُخنَّث الذي يَفعَل الرديء، والنائحةِ، والمُغنِّيةِ، ....

وفي «الخانية»: إن شهد الرجل لامرأة بحق، ثم تزوَّجها: بطلت شهادته، ولو شهد لامرأته وهو عدل، ولم يردَّ الحاكم شهادته حتى طلَّقها بائنا، وانقضت عدتها: روى ابن شجاع: أن القاضي ينفذ شهادته[1].

وبه عُلِم أن الزوجية إنما تمنع منها وقت القضاء، لا وقت الأداء ولا وقت التحمل كما في «البحر»[2].

وفي كلام «الخانية» إشارة إلى أن القاضي لا ينفذ شهادته في العدة؛ لِما في «القنية»: طلَّقها ثلاثا وهي في العدة: لا تجوز شهادته لها، ولا شهادتها له، انتهى.

فعلى هذا لو قيَّده بقوله: «ولو في عدة من ثلاث»: لكان أولى، تدبَّرْ.

(ولا) تُقبَل شهادة (**الشريكِ لشريكِه فيما هو من شركتِهما**)؛ لأنه مدَّع لنفسه، ولو شهد بما ليس من شركتهما: تقبل؛ لانتفاء التهمة.

(ولا) تُقبَل (**شهادةُ المُخنَّث الذي يَفعَل الرديء**)؛ لارتكابه المعصية.

والمراد من «المخنث»: هو الذي يتشبَّه النساء باختياره في الأقوال والأفعال، وأما الذي في كلامه لِينٌ وفي أعضائه تكسُّرٌ خلقةً: فهو مقبول الشهادة.

وفي «البحر»: «المخنِّث» بكسر النون وفتحها؛ فإن كان الأول: فهو بمعنى: المتكسِّر في أعضائه المتليِّن في كلامه تشبُّها بالنساء، وإن كان الثاني: فهو الذي يعمل به لواطة[3].

(و) لا شهادة (**النائحةِ**) في مصيبة غيرها ولو بلا أجر، (**والمُغنِّيةِ**)؛ لارتكابهما الحرام؛ فإنه ﷺ نهى عن الصوتين الأحمقين؛ النائحة، والمغنية[4].

قيَّدنا بـ«مصيبة غيرها»؛ لأنها لو ناحت في مصيبتها: تُقبَل.

---

(١) «الخانية» لقاضي خان (٢/٤٤٠).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٨١).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٨٥).

(٤) أخرجه الترمذي في «سننه» (١٠٠٥)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٣/٦٢/١٢١٢٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٢٩٣/٦٩٧٥).

والعدوِّ بسبب الدنيا، ومُدمِنِ الشرب على اللهوِ،.........................

وكذا المراد بـ«التغني» بين الناس، فمجرد التغني لم يسقط العدالة كما في «القهستاني»[١][٨٥/أ].

(و) لا تُقبَل شهادة (العدوِّ بسبب الدنيا[٢]) على من عاداه؛ لأن العداوة لأجل الدنيا حرام، فيظهر بالشهادة عليه عداوته، أما إذا شهد لمنفعته: قُبِلت؛ لعدم ظهور فسقه من عداوته، فيحمل على تركها.

وفي «القنية»: أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها، أو يجلب بها منفعة، أو يدفع بها عن نفسه مضرة، وما في الواقعات وغيرها اختيارُ المتأخرين، وأما الرواية المنصوصة: فبخلافها؛ فإنه إذا كان عدلا: تقبل شهادته، وهو الصحيح، وعليه الاعتماد، وتمامه في «البحر»[٣]، فليطالع.

(ومُدمِنِ الشرب على اللهو)؛ سواء شرب الخمر أو المسكر من المحرمات؛ إذ بالإدمان والإعلان يظهر فسقه.

هذا إذا شرب على اللهو، أما إذا شرب للتداوي: فلا يسقط العدالة؛ لكون الحرمة مختلفا فيها.

وفي أكثر المعتبرات: قالوا: إنما شرط الإدمان ليكون ذلك ظاهرا منه عند الناس؛ لأن من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وإن كان كبيرة، وإنما تبطل إذا ظهر ذلك، أو خرج سكران فيسخر منه الصبيان؛ لأن مثله لا يحترز عن الكذب[٤]، فينبغي أن لا يكون المراد من «الإدمان»: الإدمان في النية بأن يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجد كما في «النهاية»[٥]؛ لأنه لا يظهر الشرب منه كما لا يخفى.

وقيل: المراد من «مدمن الشرب على اللهو»: غيرُ شارب الخمر؛ لأن شاربها مردود

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٣٢).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «دنيا على عدوه».

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٨٦).

(٤) «المبسوط» للسرخسي (١٦/١٣١)، و«المحيط البرهاني» لابن المازة (٨/٣١٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٢١).

(٥) «النهاية» للسغناقي (٢/١٦٢/ب).

ومن يَلعَب بالطُّيور أو بالطُّنْبور، أو يُغنِّي للناس، أو يَلعَب بالنَّرْد، أو يُقامِر بالشَّطْرَنْج أو تفوتُه الصلاة بسببه، ....

الشهادة ولو قطرة، فلا حاجة لإبطال شهادته إلى الإدمان ولا إلى شربها على اللهو.

وقال الصدر الشهيد: إن الخصاف يُسقِط العدالة بشرب الخمر من غير إدمان، ومحمد شرَط الإدمان لسقوطها، وهو الصحيح، وتمام التحقيق في «البحر»[1]، فليطالع.

(ومن يَلعَب بالطُّيور)؛ لشدة غفلته وإصراره على نوع لهو، ولأنه غالبا ينظر إلى العورات في السطوح وغيرها، وهو فسق، فأما إذا أمسك الحمام للاستئناس ولا يطيرها: فلا تزول عدالته؛ لأن إمساكها في البيوت مباح، (أو) يلعب (بالطُّنْبور)؛ لكونه من اللهو.

والمراد من «الطنبور»: كل لهو يكون شنيعا بين الناس؛ احترازا عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب؛ فإنه لا يمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصون به، فيدخل في حد الكبائر.

(أو يُغنِّي[2] للناس)؛ لأنه يجمع الناس على الكبيرة كما في «الهداية»[3].

وظاهره: أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس بل لإسماع نفسه للوحشة، وهو قول شيخ الإسلام؛ فإنه قال بعموم المنع، والإمام السرخسي إنما منع ما كان على سبيل اللهو.

ومنهم من جوَّزه لإسماع نفسه؛ دفعا للوحشة، وهو الصحيح كما في أكثر المعتبرات[4]، ومنهم من جوَّزه في عرس أو وليمة، ومنهم من جوَّزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان، ومنهم من كرهه مطلقا، ومنهم من أباحه مطلقا.

(أو يَلعَب بالنَّرْد) من غير شرط المُقامرة أو تفويت الصلاة.

(أو يُقامِر بالشَّطْرَنْج، أو تفوتُه الصلاة بسببه) أي: بسبب الشطرنج؛ لظهور الفسق بتركه

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٨/٧٧).

(٢) وفي «الفتح» (٧/٤١٠): التغني المحرم هو: ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصفِ الخمر المهيج إليها الهجاء لمسلم أو ذمي إذا أراد المتكلم هجاءه، لا إذا أراد إنشاد الشعر، وأما القراءة بالألحان: فأباحها قوم، وحظرها قوم، والمختار: إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظمها: فمباح، وإلا: فلا. (داماد، منه).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٢٣).

(٤) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٨/٣١٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٢٢)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٨٨).

أو يَرتكِب ما يُوجِب الحدَّ، ....

الصلاة، وكذا بالمقامرة، أما بدونهما: لا يمنع العدالة؛ لأن للاجتهاد فيه مساغا؛ لقول **مالك والشافعي** بإباحته[١]، وهو مروي عن **أبي يوسف**، واختارها ابن الشحنة إذا كان لإحضار الذهن، واختار أبو زيد حله.

وفي النوازل: سئل أبو القاسم عمن ينظر إلى لاعبه من غير لعب؛ أيجوز؟ فقال: لن يصير فاسقا.

وقد سوَّى بين النرد والشطرنج في «الكنز»، فقال: «أو يقامر بالنرد والشطرنج»[٢]، وليس كذلك.

والحاصل: أن العدالة إنما تسقط إذا وُجِد واحد من خمسة؛ (١) القمار، (٢) وفوت الصلاة بسببه، (٣) وإكثار الحلف عليه، (٤) واللعب به على الطريق، (٥) أو يذكر عليه فسقا، وإلا: فلا، بخلاف النرد؛ فإنه مسقط مطلقا كما في «البحر»[٣].

وإنما لم يذكر الثلاثة الأخيرة؛ لأنها معلومة، فلا تساهل في تركها[٨٥/ب].

(**أو يَرتكِب ما يُوجِب الحدَّ**) أي: يأتي نوعا من الكبائر الموجبة للحد؛ لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده، وذا دليل قلة ديانته، فلعله يجترئ على الشهادة زورا كما في «الكافي»[٤].

وفي «الدرر»: هذا مخالف لما نقلناه عنه في شرب الخمر سرا، لكن التوفيق بينهما: أن المراد بارتكاب ما يُحدُّ به ليس ارتكاب ما من شأنه أن يُحدَّ به، بل ارتكاب ما يحد به بالفعل، ولا يكون ذلك إلا بإظهاره واطلاع الشهود عليه[٥].

وفي «البحر»:

---

(١) «الأم» للإمام الشافعي (٢٢٤/٦)، وجاء في «المدونة» (١٩/٤): قلت: أرأيت الذي يلعب بالشطرنج والنرد؛ أتقبل شهادته في قول مالك؟ قال: قال مالك في الذي يلعب بالشطرنج المدمن عليها: فلا تقبل شهادته، قال: وإن كان إنما هو المرة بعد المرة: فأرى أن تقبل شهادته إذا كان عدلا. قلت: وكان مالك يكره أن يلعب بالشطرنج قليلا أو كثيرا، قال: نعم، كان يراها أشد من النرد. قال: وسألت مالكا عن هذا كله، فأخبرني بما أخبرتك.

(٢) «كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٧٤).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٣٥/٨).

(٤) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١١٤/ب).

(٥) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٨٠/٢).

أو يَأكُل الربا، أو يَدخُل الحمَّام بلا إزارٍ، ....

* الإعانةُ على المعاصي والحثُّ عليها كبيرة.

* ولا تقبل شهادة بائع الأكفان، وقيَّد السرخسي بما إذا ترصَّد لذلك العمل، وإلا: فتقبل؛ لعدم تمنيه الموت والطاعون.

* ولا تقبل شهادة الصَّكَّاكين؛ لأنهم يكتبون بخلاف الواقع، والصحيح: قبولها إذا غلب عليهم الصلاح.

* ولا تقبل شهادة الطفيلي والرَّقَّاص والمُجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف.

* ولا تقبل شهادة من يَشتُم أهله ومماليكه كثيرا إلا أحيانا، وكذا الشتام للحيوان.

* ولا تقبل شهادة البخيل والذي أخَّر الفرض بعد وجوبه إن كان له وقت معين كالصلاة والصوم.

* ولا تجوز شهادة تارك الجماعة إلا بتأويل ولا تارك الصلاة، وكذا تارك الجمعة بغير عذر.

* ولا تقبل شهادة أهل السجن بعضهم على بعض.

* وذكر ابن وهبان: لا تقبل شهادة الأشراف من أهل العراق؛ لأنهم قوم يتعصبون.

وفي «البحر»: فعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته[١]، انتهى.

فينبغي أن لا تقبل في زماننا شهادة العلماء بعضهم على بعض؛ لأنهم متعصبون.

(**أو يَأكُل الربا**)؛ لأنه من الكبائر؛ أي: يأخذ القدر الزائد، والمراد بـ«الأكل»: الأخذ.

وشرط في «المبسوط»: أن يكون مشهورا بأكل الربا[٢]؛ لأن التجار قلما يتخلصون عن الأسباب المفسدة للعقد، وكل ذلك ربا، فلا بد من الاشتهار كما في «الدرر»[٣].

(**أو يَدخُل الحمَّام بلا إزارٍ**)؛ لأن كشف العورة حرام، ومع ذلك يدل على عدم المبالاة.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٨٩/٧-٩٠).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٣١/١٦).

(٣) «درر لالحكام» لملا خسرو (٣٨١/٢).

أو يَفعَل ما يُستخَفُّ به كالبول والأكل على الطريق، أو يُظهِر سبَّ السلفِ.

وتُقبَل الشهادة لأخيه وعمِّه ومَحرَمِه رَضاعًا ....

(**أو يَفعَل ما يُستخَفُّ به كالبول والأكل على الطريق**)؛ لأنه تارك المروءة، وكذا كل من يأكل غير السوقي في السوق بين الناس.

والمراد بـ«البول على الطريق»: إذا كان بحيث يراه الناس.

وكذا غيرهما في المباحات القادحة في المروءة؛ كصحبة الأراذل، والاستخفاف بالناس، وإفراط المزح، والحِرَف الدَّنيَّة من نحو الدباغة والحِياكة والحِجامة بلا ضرورة كما في «القهستاني»[١].

لكن في «البحر»: الصحيح: القبول إذا كانوا عدولا، ومثله النخَّاسون والدَّلَّالون[٢].

(**أو يُظهِر سبَّ**) واحد من (**السلفِ**[٣])، وهم: الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم أجمعين؛ لأن هذه الأفعال تدل على قصور عقله ومروءته، ومن لم يمتنع عنها: لا يمتنع عن الكذب كما في «الدرر»[٤].

وزاد في «الفتح»: العلماء[٥].

ولو قال: «أو يُظهِر سب مسلمٍ»: لكان أولى؛ لأن العدالة تسقط بسب مسلم وإن لم يكن من السلف كما في «النهاية»[٦] وغيرها.

قيَّد بـ«الإظهار»؛ لأنه لو كتمه: تقبل كما في «الهداية»[٧].

[من تقبل شهادته]

(**وتُقبَل الشهادة لأخيه وعمِّه**) ولسائر الأقارب غيرِ الأولاد، (**ومَحرَمِه رَضاعًا**

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٢٣).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٩٢).

(٣) قولهم هنا بعدم القبول شامل لِما إذا كان السب فسقا أو كفرا، وقد قررنا كفر سباب الشيخين ﷺ في «المرتد». (**داماد، منه**).

(٤) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٨١).

(٥) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/٤١٥).

(٦) «النهاية» للسغناقي (٢/١٦٣/ب).

(٧) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٢٣).

ومصاهرةً، وشهادةُ أهلِ الأهواء إلا الخطَّابيَّة، والذميِّ على مثله وإن اختلفَا ملة ....

ومصاهرةً[(١)] كأمِّ امرأته وزوجِ بنته وامرأةِ أبيه وابنه؛ لأن الأملاكَ ومنافعها متميزة بينهم، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض، فلا يتحقق التهمة.

(و) تُقبَل (شهادةُ أهلِ الأهواء) مطلقا؛ سواء كان على أهل السنة، أو بعضهم على بعض، أو على الكفرة إذا لم يكن اعتقادهم مؤديا إلى الكفر كما في «الذخيرة»[(٢)].

وهم: أهل القبلة الذين معتقدهم غير معتقد أهل السنة في بعض الأمور كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة[(٣)]، وكل منهم اثنا عشر فرقة على ما هو المذكور في الكتب الكلامية[٨٦/أ].

وقال الشافعي: لا تقبل شهادة كلها؛ لاشتداد فسقهم[(٤)].

ولنا: أن فسقهم كان من حيث الاعتقاد، ولم يُوقِعهم في هذا الهوى إلا تديُّنهم، فصار كمن يشرب المُثلَّث، أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك، بخلاف الفسق من حيث التعاطي.

(إلا الخطَّابيَّة[(٥)])، هم: قوم من غلاة الروافض، يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم.

وقيل: يرون الشهادة لشيعتهم واجبة، فتمكن التهمة في شهادتهم، فلا تقبل.

(و) تُقبَل شهادة (الذميِّ على مثله) أي: على ذمي آخر (وإن) - وصلية-

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أو مصاهرة».

(٢) «فتاوى الذخيرة» لابن مازة (١٤/٣٩٣).

(٣) وفي «القهستاني» (٢/٢٣٩): «**الخارجية**»: المُكفِّرون للختنين وطلحة وزبير وعائشة ومعاوية ﷺ، و«**الرافضة**»: الملعونون اللاعنون على الصهرين وغيرهما من الأخيار عليهم رضوان الله إلى يوم القرار، و«**القدرية**»: النافون للقضاء والقدر عنه تعالى، و«**الجبرية**»: النافون لقدرة العبد، و«**المعطلة**»: القائلون بخلو الذات عن الصفات، و«**المرجئة**»: النافون لضرر الذنب مع الإيمان، ثم صار كل فرقة اثنتي عشرة، فهم اثنتان وسبعون فريقا؛ كلهم في النار إلا من اعتقد في التوحيد. (داماد، منه).

(٤) قال النووي في «روضة الطالبين» (١١/٢٣٩): ثم من كفر من أهل البدع لا تقبل شهادته، وأما من لا يكفره من أهل البدع والأهواء: فقد نص الشافعي رحمه الله في «الأم» (٦/٢٢٢) على قبول شهادتهم.

(٥) «**الخطابية**»: طائفة من الروافض، رئيسهم أبو الخطاب محمد بن أبي وهب، قتله عيسى بن موسى بالكوفة يزعم أن عليًا ﷺ الإله الأكبر وجعفرَ الأصغرُ، فعلى هذا أن عدم قبول شهادتهم لكفرهم، لا أنهم يستجيزون الشهادة لكل من حلف عندهم كما صرَّحه القهستاني (٢/٢٣٩)، تدبَّرْ. (داماد، منه).

وعلى المستأمن دون عكسه، والمستأمنِ على مثله إن كانَا من دارٍ واحدةٍ، وعدوٍّ بسببِ الدِّين، ومَن ألَمَّ بصغيرةٍ إن اجتنَبَ الكبائر ....

(**اختلفَا**[١] **ملة**) كاليهود والنصارى؛ إذ الكفر ملة واحدة.

وقال ابن أبي ليلى: لا تقبل إن حالفا اعتقادا[٢].

وفي «الغرر»: وتقبل من كافر على عبدٍ كافرٍ مولاه مسلمٌ، أو على حرٍّ كافرٍ موكله مسلم بلا عكس[٣].

(و) تُقبَل شهادة الذمي (**على المستأمن**)؛ لأن الذمي أعلى حالا منه؛ لكونه من أهل دارنا، ولهذا يُقتَل المسلم بالذمي لا بالمستأمن، (**دون عكسه**) أي: لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي؛ لقصور ولايته عليه؛ لكونه أدنى حالا منه.

(و) تُقبَل شهادة (**المستأمنِ على مثله إن كانَا من دارٍ واحدةٍ**)، حتى: لو كانا من أهل دارين كالروم والترك: لا تقبل؛ لأن الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين، ولهذا لا يجري التوارث بينهما.

وقال **الشافعي** ومالك: لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى[٤].

(و) تُقبَل شهادة (**عدوٍّ**[٥] **بسببِ الدِّين**) أي: بأمر ديني؛ لأنه لا يَكذب لدينه كأهل الأهواء.

هذا تصريح بما علم ضمنا؛ لأنه يفهم من قوله: «ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا».

(و) تُقبَل شهادة (**مَن ألَمَّ بصغيرةٍ**) أي: ارتكَب صغيرة بلا إصرار عليها (**إن اجتنَبَ الكبائر**) أي: كل فرد من أفراد الكبائر كما في أكثر الكتب[٦].

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«داماد» من صلب الشرح، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٦/١٣٤).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٧٧).

(٤) «البيان» للعمراني (١٣/٢٧٧)، و«الكافي» للقرطبي (٢/٩١٧).

(٥) وفي «الخزانة»: «العدو»: من يفرح بحزنه، ويحزن بفرحه، وقيل: يعرف بالعرف. (داماد، منه).

(٦) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٢٥)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٩٥)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٧٧).

وغَلَبَ صوابه، والأَقْلَف والخَصِيّ ....

لكن في «القهستاني» نقلا عن «الخلاصة»: المختار: اجتناب الإصرار على الكبائر، فلو ارتكب كبيرة مرات: قُبِل شهادته، واختلفوا في الكبيرة، والأصح: أنه ما كان شنيعا بين المسلمين، وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين[١].

(وغَلَبَ صوابه) على خطئه؛ أي: كثرت حسناته بالنسبة إلى سيئاته ممن اجتنب الكبائر.

وفي «الاختيار»: ولا بد أن يكون صلاحه أكثر من فساده؛ معتادا للصدق، مجتنبا عن الكذب، صحيح المعاملة في الدينار والدرهم، مؤديا للأمانة، قليل اللهو والهذيان، قال عمر ﷺ: «لا تغرنكم طنطنة الرجل في صلاته، انظروا إلى حاله عند درهم ودينار»[٢]، أما الإلمام بمعصية: لا يمنع قبول الشهادة؛ لما في اعتبار ذلك من سد باب الشهادة[٣]، انتهى.

(و) تُقبَل شهادة (الأَقْلَف)؛ لإطلاق النصوص عن قيد الختان؛ لكونه سنة عندنا.

أطلقه تبعا لما في «الكنز»[٤]، لكن قيَّده قاضي خان وغيره بـ«أن يتركه لعذرٍ كالكبر أو خوف الهلاك»[٥]، أما إذا تركه على وجه الإعراض عن السنة أو الاستخفاف بالدين: فلا تقبل.

فالإمام لم يُقدِّر بوقتٍ، وغيرُه: من وقت الولادة إلى عشر سنين، وقيل: إلى اثنتا[٦] عشر.

(و) تُقبَل شهادة (الخَصِيِّ[٧][٨])؛ فإن عمر ﷺ قبل شهادة علقمة الخصي[٩]؛ ولأنه قُطِع منه عضوٌ ظلما كما لو قُطِعت يده ظلما.

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٢٠).
(٢) أخرجه ابن المبارك في «الزهد» (٢٤٢-٢٤٣/٦٩٥)، وابن أبي الدنيا في «مكارم الأخلاق» (٨٩/٢٦٩)، و(٩٨/٢٧٠)، وأبو الشيخ في «التوبيخ والتنبيه» (٧٣/١٥٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٤٧٢/١٢٦٩٥) بألفاظ متقاربة.
(٣) «الاختيار» للموصلي (٢/١٤٩-١٥٠).
(٤) «كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٧٥).
(٥) «الخانية» لقاضي خان (٢/٤٣٩)، و«البناية» للعيني (٩/١٥٧).
(٦) هكذا في الأصل.
(٧) هكذا في الأصل، م، ن، وفي ر، ح، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «الخصي».
(٨) «الخَصِيّ» -بفتح الخاء- على وزن «فعيل»: منزوع الخُصَى. (داماد، منه).
(٩) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/٩/٢٣٢١٩)، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» (٩/١٥).

وولدِ الزنا والخُنثى والعُمّالِ ....

وكذا الأقطع إذا كان عدلا؛ لما روي: أن النبي ﷺ قطَع يدَ رجلٍ في سرقة، ثم كان بعد ذلك يَشهد[1]، فتُقبَل شهادته كما في «المنح»[2].

(وولدِ الزنا)؛ لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد.

خلافا لمالك[3].

(والخُنثى) إن لم يكن مشكلا، وإن كان مشكلا: يجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا، وينبغي أن لا تقبل في الحدود والقصاص كالنساء.

(والعُمّالِ)، والمراد بهم: عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور؛ لأن نفس العمل ليس بفسق، فتقبل، إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم: فلا تقبل كما في «البحر»[4].

وقيل: العامل إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه: تقبل.

والحاصل: أنهم إن كانوا عدولا: تقبل، وإلا: فلا.

وقيل: أراد بـ«العمال»: الذين يعملون، ويؤاجرون أنفسهم للعمل؛ لأن من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة.

فأفرد هذه المسألة؛ لإظهار مخالفتهم.

وفي «البحر»: وذكر الصدر أن شهادة الرئيس لا تقبل، وكذا الجابي[5].

والمراد بـ«الرئيس»: رئيس القرية، وهو المسمى في بلادنا: «شيخ البلد»، ومثله: «المُعرِّفون» في المراكب، و«العرفاء» في جميع الأصناف وضمان الجهات في بلادنا؛ لأنهم كلهم أعوان على الظلم كما في «الفتح»[6].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٥٣٣/٢٢٨٨٨)، وأبو داود في «المراسيل» (٢٨٦/٣٩٥) مرسلا.

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١١٦/أ).

(٣) قال القيرواني في «النوادر والزيادات» (٨/٣٣٩): شهادة ولد الزنا جائزة في كل شيء إلا في الزنا والقذف.

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٩٦).

(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٩٦).

(٦) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/٤٢٣).

والمعتَقِ لمُعتِقه.

والمُعتبَر: حالُ الشاهدِ وقتَ الأداءِ لا التحمُّلِ.

ولو شَهِدَا: «أن أباهما أَوصَى إلى زيدٍ» وزيدٌ يدَّعِيه: قُبِلتْ، وإن أنكَرَ: فلا. ولو شَهِدَا: «أن أباهما الغائب وَكَّلَه»: ....

(و) تُقبَل شهادة (**المعتَقِ**) -بفتح التاء- (**لمُعتِقه**)، وعكسُه؛ لأنه لا تهمة، وقد قَبِل شريحٌ شهادة قَنبَر -وهو: جدُّ سِيبَويه- لعلي ﷺ وكان عتيقه[١][٢].

وفيه إشعار بأن العتيق لو كان متهما: لم تقبل، ولذا في «الخلاصة»: ولو شهد العبدان بعد العتق على الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشتري: لا تقبل[٨٦/ب]؛ لأنهما يَجرَّان نفعا لأنفسهما نفعا بإثبات العتق؛ لأنه لولا شهادتهما لتَحالَفا، وفُسِخ البيع المقتضي لإبطال العتق.

وفي «المنح»: ولا يعارض ما في «الخلاصة»: «لو اشترى غلامين، وأعتقهما، فشهدا لمولاهما على أنه قد استوفى الثمن: جازت شهادتهما»؛ لأنهما لا يجرَّان بها نفعا، ولا يدفعان مغرما، وشهادتُهما بأن البائع أبرأ المشتري من الثمن كشهادتهما بالإيفاء كما في «الخانية»[٣].

(**والمُعتبَر: حالُ الشاهدِ وقتَ الأداءِ لا**) وقت (**التحمُّلِ**) كما بيَّنَّاه.

(**ولو شَهِدَا**) أي: ابنا الميت: (**«أن أباهما أَوصَى إلى زيدٍ»**) أي: جعله وصيًّا، (**وزيدٌ يدَّعِيه**) أي: الإيصاء.

قال المولى سعدي: والمراد من قوله: «والوصي يدَّعي»؛ أي: الوصي يرضى[٤]، انتهى.

لكن الدعوى يستلزم الرضاء بطريق ذكر الملزوم وإرادة اللازم، تدبَّرْ.

(**قُبِلتْ**) شهادتهما.

(**وإن أنكَرَ**) ذلك الوصي: (**فلا**) أي: لا تقبل شهادتهما؛ لأن القاضي لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية.

(**ولو شَهِدَا: «أن أباهما الغائب وَكَّلَه»**) أي: زيدًا بقبض دينه، أو وكَّله بالخصومة

---

(١) أخرجه أبو نعيم في «حلية الأولياء» (١٣٩/٤).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٢٧/٤).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (١١٦/٢/أ)، و«الخانية» لقاضي خان (٤٧٦/٢).

(٤) «حاشية العناية» لسعدي أفندي (٤٦/٦).

لا تُقبَل وإن ادَّعاه. ولو شَهِدَ دائِنَا ميِّتٍ: «أنه أَوصَى إلى زيد» وهو يدَّعِيه: قُبِلتْ. وكذا لو شَهِدَ مديوناه أو من أَوصَى لهما أو وَصِيَّاه.

(**لا تُقبَل وإن**) -وصلية- (**ادَّعاه**)؛ لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب بتعيينهما، فشهادتهما تصير لنفعهما؛ إذ يمكن أن يتواضعا مع الوكيل على أخذ المال، فلا تقبل للتهمة، بخلاف مسألة الوصية؛ لأن القاضي يملك نصب الوصي عند الطلب والحاجة، فبشهادتهما أولى، وهذا استحسان.

والقياس يمنع الجواز؛ لأنهما قصدَا من يقوم بإحياء حقوقهما، فلا تقبل للتهمة.

والظاهر: أن الضمير في قوله: «وإن ادَّعاه» يرجع إلى الوكالة؛ أي: وإن ادَّعى الوكيل الوكالة، فعلى هذا لو قال: «وإن ادَّعاها» بالتأنيث: لكان أظهر.

(**ولو شَهِدَ دائِنَا ميِّتٍ**) أي: لو شهد غريمان لهما على الميت دينا: («**أنه**» أي: الميت (**أَوصَى إلى زيد**)) أي: جعله وصيًّا، (**وهو**) أي: زيد (**يدَّعِيه**) أي: الإيصاء: (**قُبِلتْ**) شهادتهما؛ كما إذا شهدا بدين على الميت لرجلين، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت: تقبل شهادتهما عند الطرفين؛ لأن كل فرق يشهد بالدين في الذمة، ولا شركة له في ذلك، وإنما تثبت الشركة في المقبوض بعد القبض.

وقال أبو يوسف: لا تقبل؛ لأن أحد الفريقين إذا قبض شيئا من التركة بدينه: يشركه الفريق الآخر، فصار كلٌّ شاهدا لنفسه كما في «المنح»[1].

(**وكذا لو شَهِدَ مديوناه**) أي: لو شهد مديونا ميتٍ: «أن الميت أوصى إلى زيد»، وهو يدعيه: قُبِلت شهادتهما استحسانا.

والقياس يمنع الجواز في الصورتين؛ لأن الدائنين قصدَا من يؤدي حقهما، والمديونين قصدَا البراءة بالدفع إليه، فلا تقبل للتهمة.

(**أو**) شهد (**من أَوصَى لهما**) بـ«أن الميت قد أوصى إلى زيد»، وهو يدَّعيه، (**أو**) شهد (**وَصِيَّاه**) بـ«أن الميت قد أوصى إلى زيد»، وهو يدعيه: قبلت استحسانا.

والقياس يمنع الجواز في الصورتين؛ لأنهما أرادا نصْبَ من يوصل حقهما في الأولى، ونصْبَ من يُعِينهما على التصرف في مال الميت في الثانية، فالنفع يرجع إليهما، فلا تقبل.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٢١/ب).

ولا تُقبَل الشهادة على جَرحٍ مجرَّدٍ، وهو: «ما يُفسَّق به ....

لا يقال بـ«أن الميت إذا كان له وصيان: فالقاضي لا يحتاج إلى نصب آخر»؛ لأنه يملكه؛ لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت، بخلاف ما إذا كان الوصي جاحدا في جميع هذه الصور؛ لأن القاضي لا يملك إجبار أحدٍ على قبول الوصاية كما مرَّ آنفا، ولا بد من كون الموت معروفا في الكل؛ أي: ظاهرا إلا في مسألة الغريمين للميت عليهما دين؛ فإنها تقبل وإن لم يكن الموت معروفا.

وفي «البحر»:

* ولو شهد الوصي بعد العزل للميت؛ إن خاصم: لا تقبل، وإلا: تقبل؛ كما لو شهد الوكيل بعد عزله للموكل؛ إن خاصم: لا تقبل، وإلا: تقبل[(١)].

ثم قال نقلا عن «البزازية»: وأما شهادة الوصي بحق للميت على غيره بعدما أخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة أو بعدها: لا تقبل[(٢)].

* وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعدما أدركت الورثة: لا تقبل.

* ولو شهد الوصي لبعض الورثة على الميت إذا كان المشهود له صغيرا: لا تجوز **اتفاقا**، وإن بالغا: فكذلك **عنده**، **وعندهما**: تجوز.

* ولو شهد لكبير على أجنبي: تقبل في ظاهر الرواية[(٣)].

* ولو شهد للوارث الكبير والصغير في غير ميراث: لم تقبل.

* ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معيَّنٍ لوارثٍ بالغٍ: تقبل[(٤)]، انتهى.

(**ولا تُقبَل الشهادة**) حال كونها مشتملة (**على جَرحٍ مجرَّدٍ**) أي: جارحية مجردة؛ أي: لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود عليه، ولذا يقال له: «الجرح المفرد»، (**وهو**) أي: الجرح المجرَّد: («**ما يُفسَّق به**) شاهد المدَّعي المعدل؛ فإن الحكم لم يجز قبل التعديل، لا سيما إذا جرح.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٩٨/٧) نقلا عن «البزازية» (٥٦٧/١).

(٢) «الفتاوى البزازية» (٥٦٧/١).

(٣) «الأصل» للإمام محمد (٥٣٠/٥).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٩٣/٧).

من غير إيجابِ حقٍّ للشرع أو للعبد» نحو: «هو فاسقٌ» أو «آكِلُ ربًا» أو «أنه استأْجَرهم».
وتُقبَل على إقرارِ المدَّعي بفسقِهم، ....

وعند **الشافعي**: تسمع ويحكم به[1]، وكذا نُقِل عن الخصاف[٨٧/أ].

(**من غير إيجابِ حقٍّ للشرع**) كوجوب الحد، (**أو للعبد**») كوجوب المال، فلو أوجبه: تقبل؛ (**نحو**) أن يشهدوا: («**هو**) أي: الشاهد (**فاسقٌ» أو «آكِلُ ربًا» أو «أنه استأْجَرهم**»)، أو «شاربُ خمرٍ في وقت»، أو «زانٍ في وقت»، أو «على إقرارهم أنهم شهدوا بزور»، أو «أن المدَّعي مبطل في هذه الدعوى»، أو «أنه لا شهادة لهم على المدَّعى عليه في هذه الحادثة».

وإنما لم تقبل[2] هذه الشهادات بعد التعديل؛ لأن العدالة بعدما ثبتت: لا ترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد، وليس في شيء مما ذكر إثبات واحد منهما[3]، بخلاف ما: إذا وجدت قبل التعديل: فإنها كافية في الدفع[4].

ومن القواعد المقررة: أن الدفع أسهل من الرفع، وهو السر في كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد، ولذا قيَّدنا بـ«المعدل»، وغير مقبول بعده، بل يحتاج إلى نصاب الشهادة وإثبات حق الشرع أو العبد» كما في «الدرر»[5].

فعلى هذا لو قال: «ولا تقبل الشهادة بعد التعديل» كما في «الغرر»: لكان أولى.

(**وتُقبَل**) الشهادة (**على إقرارِ المدَّعي بفسقِهم**) أي: بفسق شهوده؛ لأنهم ما أظهروا

---

(١) «روضة الطالبين» للنووي (١١/١٦٨).

(٢) وفي أكثر الكتب: «وإنما لم تقبل»؛ لأن الشاهد صار فاسقا بإشاعة الفاحشة المحرمة بالنص بلا ضرورة؛ فإن الشهادة الكاذبة يندفع بإخبار القاضي سرا. (**داماد، منه**).

(٣) **فإن قلتَ**: لا نسلم أنه ليس فيما ذكر إثبات واحد منهما بغير حق الله أو حق العبد؛ لأن إقرارهم بشهادة الزور أو بشرب الخمر مع ذهاب الرائحة يوجب التعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى:
قلتُ: الظاهر: أن مرادهم بما يوجب حق الله الحد لا التعزير؛ لقولهم: «وليس في وسع القاضي إلزامه»؛ لأنه يدفعه بالتوبة؛ لأن التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة، بخلاف الحد ولا يسقط بها. (**داماد، منه**).

(٤) قال يعقوب باشا: وقيل: ههنا كلام، وهو: أن الفرض أن مثل هذه الشهادة لا تعتبر سواء كانت قبل التعديل أو بعده، فلا حاجة إلى ما ذكر من الصورة المذكورة المقيدة، والجواب: أن معنى اعتبار شهادة الجرح عدم قبول الشهادة للدعوى والحكم بها، وهذا المعنى حاصل قبل التعديل لا بعده، فينبغي التقييد بما بعده كما لا يخفى، انتهى. (**داماد، منه**).

(٥) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٨١).

وعلى: «أنهم عبيدٌ»، أو «... محدودون في قذف»، أو «... شارِبُو خمرٍ»، أو «... قَذَفَةٌ»، أو «... شُرَكاءُ المدَّعي»، أو «أنه استَأْجَرهم لها بكذا، وأَعْطاهم ذلك مما عنده»، أو «... أني صالَحْتُهم بكذا، ودفَعتُه إليهم على أن لا يَشهَدوا عليَّ، فشَهِدوا».

ومن شَهِدَ، ولم يَبرَح حتى قال: «أوهَمتُ بعضَ شهادتي»: قُبِلَ إن كان عدلًا.

الفاحشة، بل حكوا عنه، والإقرارُ مما يدخل تحت الحكم، فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد، بخلاف الشهادة على إقرار الشهود مع أنه لا يدخل تحت الحكم؛ لأن فيه هتك الستر، وبه يثبت الفسق، فلا تقبل.

(و) تقبل (**على**: «**أنهم**) أي: الشهود (**عبيدٌ**)»، أو أحدهم عبدٌ، (**أو**) «أنهم (**محدودون في قذف**)»، **أو**) «أنهم (**شارِبُو خمرٍ**) الآن» ولم يتقادم العهد؛ إذ لو كان متقادما: لا تقبل كما مرَّ.

وكذا تقبل على: «أنهم سرقوا مني كذا»، أو «زنوا بالنسوة» بلا تقادم؛ ما لم يزل الريح في الخمر، ولم يمض شهر في الباقي.

(**أو**) «أنهم (**قَذَفَةٌ**) لفلان» وهو يدَّعيه؛ فإن الكل يوجب حقا للشرع، وهو الرقُّ في العبد، والحدُّ في الباقي، (**أو**) «أنهم (**شُرَكاءُ المدَّعي**)» شركة مفاوضة، والمدَّعى مالٌ؛ لوجود التهمة كما إذا شهد ولد المدَّعي أو والده، (**أو** «**أنه**) أي: المدَّعي (**استَأْجَرهم لها**) أي: للشهادة (**بكذا، وأَعْطاهم ذلك**) أي: **الأجر** (**مما**[1] **عنده**)» أي: من الشيء الذي عنده، فيكون «ما» موصولة.

وفي بعض النسخ: «من مالي عنده»؛ أي من مالي الذي كان عنده؛ لأن المدَّعى عليه خصم في ذلك، فثبت الجرح بناء عليه.

(**أو**) «أنهم على (**أني صالَحْتُهم بكذا**) من المال، (**ودفَعتُه**) أي: المال (**إليهم**) أي: إلى الشهود (**على أن لا يَشهَدوا عليَّ**) بهذا الباطل، (**فشَهِدوا**)، فعليهم أن يردُّوا المال عليَّ لأنهم أخصام في ذلك».

(**ومن شَهِدَ ولم يَبرَح**) أي: لم يزل عن مجلس القاضي (**حتى قال**: «**أوهَمتُ بعضَ شهادتي**») -منصوب على نزع الخافض-؛ أي: في بعض شهادتي: (**قُبِلَ إن كان عدلًا**).

والمراد بالقبول: قبول شهادته، لا قبول قوله: «أوهمت»؛ لما في «الهداية»: فإن كان

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «لي».

عدلا: جازت شهادته.

ومعنى قوله: «أوهمت»؛ أي: أخطأت بنسيان ما كان يحق عليَّ ذكره، أو بزيادة كانت باطلة[١].

ووجهه: أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء؛ فإن كان العذر واضحا: فيقبل إذا تداركه في أوان المجلس وهو عدل، بخلاف ما إذا قام عن المجلس، ثم عاد، وقال: «أوهمت»؛ لأنه يوهم الزيادة من المدَّعي بتلبيس وخيانة، فوجب الاحتياط، ولأن المجلس إذا اتَّحد لحقِ الملحق بأصل الشهادة: فصار ككلام واحد، ولا كذلك إذا اختلف المجلس.

وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود، أو في بعض النسب، وهذا إذا كان موضع شبهة، فأما إذا لم يكن: فلا بأس بإعادة الكلام أصلا؛ مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك.

وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا: وعن الشيخين: أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا، والظاهر ما ذكرناه[٢]، انتهى.

وفي «الدرر»: إذا تذكَّر لفظا بعدما شهد في شهادته، فذكَره: يقبل إذا لم يكن فيه مناقضة، وأطلق في «الجامع الصغير» و«المحيط»: أنه إذا لم يبرح عن مكانه: جاز ذلك إذا كان عدلا، ولم يشترط عدم المناقضة، وأنه شرطٌ حسنٌ ذكره الزاهدي[٣].

(باب الاختلاف)
في الشهادة

تأخير الاختلاف في الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع؛ لكون الاتفاق أصلا، والاختلافُ إنما يعارض الجهل والكذب، فأخَّره وضعا؛ للتناسب كما في «العناية»[٤].

---

(١) جملة: «كانت باطلة» صفة: لـ«زيادة». (داماد، منه).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٢٥/٣).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٨٣/٢)، و«المحيط البرهاني» لابن مازة (٤٤٤/٨)، و«الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ١٩٦).

(٤) «العناية» للبابرتي (٤٢٣/٧).

شُرِطَ موافقةُ الشهادةِ الدعوى. فلو ادَّعى دارًا شراءً أو إرثا، وشهِدَا بملكٍ مطلقٍ: رُدَّتْ، وفي عكسِه: تُقبَل.

وكذا شُرِطَ اتفاقُ الشاهدَيْن لفظًا ومعنًى. ....

(**شُرِطَ موافقةُ الشهادةِ الدعوى**[١])؛ لأنها لو خالفتها: فقد كذَّبتها، والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها، والشرطُ توافُقهما في المعنى دون اللفظ، حتى: لو ادَّعى المدَّعي الغصب، فشهِدَا بإقرار المدَّعى عليه بذلك: تُقبَل كما في أكثر الكتب[٢].

وما في «الوقاية» من: «أنه شرط موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدَيْن لفظا ومعنى»[٣] مخالفٌ لما في أكثر الكتب، تدبَّرْ[٨٧/ب].

ثم فرَّعه، فقال:

(**فلو ادَّعى دارًا شراءً أو إرثا، وشهِدَا**) أي: الشاهدان (**بملكٍ مطلقٍ: رُدَّتْ**) شهادتهما؛ لأنهما شهِدَا بأكثر مما ادَّعاه المدَّعي؛ لأنه ادَّعى ملكًا حادثًا، وهما شهدا بملك قديم، وهما مختلفان؛ فإن الملك في المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق بزوائده، ولا كذلك في الملك الحادث، ويرجع الباعة بعضهم إلى بعض فيه، فصارَا غيرَيْن.

(**وفي عكسِه**) أي: ادَّعى ملكا مطلقا، وشهِدَا بملك بسبب كالشراء أو الإرث: (**تُقبَل**) الشهادة؛ لأنهم شهدوا بأقل مما ادَّعاه، فلم تخالف شهادتُهما الدعوى؛ للمطابقة معنى.

(**وكذا شُرِطَ اتفاقُ الشاهدَيْن لفظًا ومعنًى**)؛ لأن القضاء لا يجوز إلا بحجة، وهي: شهادة المَثنى، فما لم يتفقا فيما شهدا به: لا تثبت الحجة مطلقا، والموافقةُ المطلقةُ باللفظ والمعنى، وهذا عند **الإمام**.

وقالا: الاتفاق في المعنى هو المعتبر، لا غير.

والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابُق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن، حتى: لو ادَّعى رجل بمائة درهم؛ فشهد شاهدٌ بدرهم، وآخر بدرهمين، وآخر

(١) الأصل: أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى من مدَّعٍ؛ لأن ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل، بخلاف حقوق الله تعالى حيث لا يشترط فيها الدعوى.
والمراد بـ«الموافقة»: المطابقة وكون المشهود به أقل من المدعى به، بخلاف ما إذا كان أكثر. (داماد، منه).
(٢) «الاختيار» للموصلي (١٤٥/٢)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٣٨٤/٢)، و«البناية» للعيني (١٦٧/٩).
(٣) «الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٢٥).

فلا تُقبَل لو شَهِدَ أحدُهما بألفٍ أو مائةٍ أو طلقةٍ، والآخَرُ بألفَيْن وبمائتَيْن وبطلقتَيْن أو ثلاثٍ. وعندهما: تُقبَل على الأقلِّ.

بثلاثة، وآخر بأربعة، وآخر بخمسة: لم تقبل عنده؛ لعدم الموافقة لفظا، وعندهما: يقضي بأربعة؛ لاتفاق الشاهدين الأخيرين فيها معنى.

ثم فرَّعه، فقال:

(**فلا تُقبَل**) الشهادة (**لو شَهِدَ أحدُهما بألفٍ أو مائةٍ أو طلقةٍ**، و) شهد (**الآخَرُ بألفَيْن وبمائتَيْن وبطلقتَيْن أو ثلاثٍ**) عند **الإمام**؛ لعدم الاتفاق لفظا، ولأن الدلالة على الأقل بالتضمُّن غير معتبر، ألا يرى أنه لو شهد أحدهما بـ«أنه قال لامرأته: أنت خلية»، وشهد الآخر: «أنه قال: أنت برية»: لا يثبت شيء وإن اتفق المعنى؛ كما: لو ادَّعى غَصْبا أو قَتْلا، فشهد أحدهما به، والآخر بالإقرار به: حيث لا تقبل.

وكذا في كل قولٍ جُمِع مع فعلٍ: لا تقبل؛ كما: لو ادَّعى عليه ألفا، فشهد أحدهما: «أنه دفع لهذا المدَّعى عليه ألفا»، وشهد الآخر على إقرار المدَّعى عليه بها: لا يجمع؛ لأن هذا قول وفعل، وذكروا: أنه لا يجمع بين القول والفعل كما في «المنح»[1].

(**وعندهما**)، والأئمة الثلاثة[2]: (**تُقبَل على الأقلِّ**) أي: على الألف أو المائة أو الطلقة عند دعوى الأكثر؛ لاتفاقهما على الأقل معنى من غير قدح، ولو ادَّعى الأقل: لا يثبت شيء عندهم؛ لأن المدَّعي مكذِّب لشاهد الأكثر.

وفي «النهاية»: إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى: تُقبَل؛ كما لو شهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية؛ لأن اللفظ ليس بمقصود في الشهادة، بل المقصود: ما صار اللفظ علما عليه، فإذا وجدت الموافقة في ذلك: لا تصير المخالفة فيما سواها[3].

وكذا إذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج: تُقبَل، ذكره في «المحيط»، ولم يحكِ فيه خلافا[4]، وفي «البحر» تفصيل[5]، فليطالع.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٢٣/ب).

(٢) «الأم» للإمام الشافعي (٧/١٢٩)، و«البيان والتحصيل» لابن رشد (١٠/١٦٢)، و«الشرح الكبير» لأبي الفرج (١٢/٢٧).

(٣) «النهاية» للسغناقي (٢/١٦٧/ب).

(٤) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٨/٤٨٤).

(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٠٩).

ولو شَهِدَ أحدُهما بألِفٍ والآخَرُ بألِفٍ ومائةٍ، والمدَّعي يدَّعي الأكثر: قُبِلَتْ على الألف اتفاقا. وكذا مائةٌ ومائةٌ وعشرةٌ، وطلقةٌ وطلقةٌ ونصفٌ.

ولو شَهِدَا بألِفٍ أو بقرضِ ألِفٍ، وقال أحدهما: «قَضَى منها كذا»: قُبِلَتْ على الألف، لا على القضاء ما لم يَشهَد به آخَرُ، ويَنبغِي لمن عَلِمَه أن لا يَشهَد..............

(**ولو شَهِدَ أحدُهما بألِفٍ والآخَرُ بألِفٍ ومائةٍ، والمدَّعي يدَّعي الأكثر**) أي: ألفا ومائة: (**قُبِلتْ**) شهادتهما (**على الألف اتفاقا**)؛ لاتفاقهما على الألف لفظا ومعنى، وقد انفرد أحدهما بألف ومائة بالعطف، والمعطوفُ غير المعطوف عليه، فيثبت ما اتفقا عليه.

قيِّد بـ«دعوى الأكثر»؛ لأنه لو ادَّعى الأقل بأن قال: «لم يكن إلا الألف»، أو سكت عن دعوى المائة الزائدة: لا تقبل؛ لظهور تكذيبه الشاهد في الأكثر، إلا إذا ادَّعى التوفيق بأن قال: «كان أصل حقي ألفا ومائة، لكني أبرأت المائة عنها»، أو: «... استوفيت»: قُبِلت؛ للتوفيق.

(**وكذا مائةٌ ومائةٌ وعشرةٌ**)، يعني: لو شهد أحدُهما بمائة والآخرُ بمائة وعشرة، والمدَّعي يدَّعي الأكثر: تُقبَل على مائة **اتفاقا**.

(و) كذا (**طلقةٌ وطلقةٌ ونصفٌ**) أي: شهد أحدُهما بطلقة والآخرُ بطلقة ونصف: تُقبَل **اتفاقا** على طلقة إن ادَّعى الأكثر، بخلاف العشرة وخمسة عشر: حيث لا تقبل؛ لأنه مركب كالألفين؛ إذ ليس بينهما عطف.

وفي «البحر»: شهد أحدُهما على خمسة عشر والآخرُ على عشرة وخمسة، والمدَّعي يدَّعي خمسة عشر: ينبغي أن تقبل[1].

(**ولو شَهِدَا بألِفٍ أو بقرضِ ألِفٍ، وقال أحدهما**) أي: أحد الشاهدين: («**قَضَى منها**» أي: من الألف (**كذا**») أي: خمسمائة مثلا: (**قُبِلتْ**) شهادتهما (**على الألف**)؛ لاتفاقهما على وجوب الألف، (**لا**) تُقبَل (**على القضاء**)؛ لأنه شهادة فردٍ (**ما لم يَشهَد به**) أي: إلا أن يشهد معه (**آخَرُ**).

وعن **أبي يوسف**: أنه يقضي بخمسمائة؛ لأن شاهد القضاء مضمونٌ شهادتُه أن لا دين إلا خمسمائة[٨٨/أ].

(**ويَنبغِي**) أي: يجب (**لمن عَلِمَه**) أي: عَلِم قضاء بعضه (**أن لا يَشهَد**) بالألف كلها

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٠٩/٧).

حتى يُقِرَّ المدَّعِي به.

ولو شَهِدَا بقتلِه زيدًا يوم النحر بمكَّة، وآخَران بقتلِه إياه فيه بكوفة: رُدَّتَا، فإن قُضِيَ بإحداهما أوَّلًا: بَطَلت الأخيرةُ.

ولو شَهِدَا بسرقةِ بقرةٍ، واختَلَفَا في لونها: قُطِعَ، ....

(**حتى يُقِرَّ المدَّعِي به**) أي: بما قبَض؛ كي لا يكون مُعِينا على الظلم.

(**ولو شَهِدَا بقتلِه**) أي: بقتل شخص (**زيدًا يوم النحر بمكَّة، و**) شَهِدَ (**آخَران بقتلِه**) أي: بقتل ذلك الشخص (**إياه**) أي: زيدا (**فيه**) أي: في يوم النحر (**بكوفة: رُدَّتَا**) **بالإجماع**؛ لأن إحداهما كاذبة بيقين، ولا مجال للترجيح؛ لأن القتل من باب الفعل، والفعلُ الواحدُ لا يتكرَّر.

وكذا لو اختلفا في الزمان أو الآلة التي قتل بها: رُدَّتا أيضا.

قيَّد بـ«كون المشهود به القتل»؛ لأنهم لو شهدوا على إقرار القاتل بذلك في وقتين أو مكانين: تُقبَل كما في «البحر»[1].

(**فإن قُضِيَ بإحداهما**) أي: بإحدى شهادتين (**أوَّلًا: بَطَلت**) الشهادة (**الأخيرةُ**) **بالإجماع**؛ لأن الأولى ترجَّحت على الأخرى باتصال القضاء بها، فلا تنتقض بالثانية.

(**ولو شَهِدَا بسرقةِ بقرةٍ، واختَلَفَا**) أي: الشاهدان (**في لونها**) أي: في لون البقرة.

أطلق «اللون»، فشمل جميع الألوان، وهو الصحيح.

أي: قال أحدُهما: «حمراء»، والآخرُ: «صفراء»، أو قال أحدُهما: «سوداء» والآخرُ: «بيضاء».

(**قُطِعَ**) أي: قبلت شهادتهما، وقطعت يد السارق عند **الإمام**؛ لأنهما اختلفا فيما ليس في صلب الشهادة، ولذا لو سكتا عن ذكر اللون: تقبل شهادتهما مع أن التوفيق ممكن بين اللونين؛ لأن السرقة تكون في الليالي غالبا، ويكون التحمل فيها من بعيد، فيتشابه عليهما اللونان، أو يجتمعان بأن يكون السواد من جانب فأحدهما يراه، والبياض من جانب والآخر يراه.

وفي «الإصلاح»: ويرد عليه أنه احتيال في إيجاب الحد، والأصل خلاف ذلك، وما قيل في دفعه: «أنه صيانة للحجة عن التعطيل، وإنما يجب الحد ضرورةً» ضعيفٌ كما لا يخفى.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١١٤).

وإن اختلَفَا في الذُّكورة والأُنوثة: لا. وعندهما: لا يُقطَع فيهما. وفي الغصب: لا تُقبَل اتفاقا. ولو شَهِدَ واحدٌ بالشراءِ أو الكتابةِ بألفٍ، والآخَرُ بألفٍ ومائةٍ: رُدَّتْ. ....

ولو قيل: «يثبت المال؛ لإمكان التوفيق، ويسقط الحد؛ لمكان الشبهة»: لكان أوفق للوصول، وأقرب إلى المعقول[1].

(**وإن اختلَفَا في الذُّكورة والأُنوثة**) أي: قال أحدهما: «سرق ذكرا»، والآخر قال: «أنثى»: (**لا**) يقطع **اتفاقا**؛ لعدم تطابق الشاهدين في المعنى؛ لاختلافهما في جنسين متباينين.

(**وعندهما**)، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[2]: (**لا يُقطَع فيهما**) أي: فيما اختلَفَا في لونها، وفيما اختلَفَا في الذكورة والأنوثة؛ لأن البقرة البيضاء غير السوداء، فكانا سرقتين مختلفتين، ولم يتم على واحد نصاب الشهادة، فصار كالاختلاف في الذكورة والأنوثة.

قيل: هذا الاختلاف فيما إذا ادَّعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف، فإذا ادَّعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء، فاختلف الشاهدان: لا تقبل إجماعا؛ كما لا تقبل عند اختلافهما في المروزي والهروي في سرقة الثوب؛ لأن المدَّعي كذَّب أحدهما.

(**وفي الغصب**)، يعني: لو شهدا[3] بغصب بقرة، واختلفا في لونها: (**لا تُقبَل اتفاقا**)؛ لأن التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه، فلا يشتبه عليهما.

وفي «التنوير»: وفي العين تقبل[4].

(**ولو شَهِدَ واحدٌ بالشراءِ أو الكتابةِ بألفٍ**) -متعلق بهما-، (و) شهد (**الآخَرُ**) بالشراء أو الكتابة (**بألفٍ ومائةٍ: رُدَّتْ**) شهادتهما؛ لأن المقصود إثبات السبب، وهو: العقد، فالبيع بألفٍ غير البيع بألف ومائة، فاختلف المشهود به؛ لاختلاف الثمن، فلم يتم النصاب على واحد منهما.

ولا فرق بين أن يكون المدَّعي هو البائع أو المشتري وبين أن يدعي أقل المالين

---

(١) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢١٩).

(٢) «البيان» للعمراني (١٣/٣٨٠)، و«المغني» لابن قدامة (٩/١٣٧)، و«الكافي» للقرطبي (٢/٩١٢).

(٣) في الأصل: «شهد»، والمثبت ما أثبتناه كما في «بداية المبتدي» مع «الهداية» (٣/١٢٧)، و«الغرر» مع «الدرر» (٢/٣٨٧)، و«كنز الدقائق» مع «البحر الرائق» (٧/١١٦)، و«المختار» مع «الاختيار» (٢/١٤٦)، و«الدر المختار» (ص: ٤٩٤)، ولكن في «المبسوط» للسرخسي (٩/١٦٢): «وإذا شهد شاهدان أنه سرق بقرة...» إلخ، ويمكن توجيه ما في الأصل على ما في «المبسوط» (٩/١٦٢)، والله أعلم.

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٤).

وكذا: العتقُ على مالٍ، والصلحُ عن قَوَد، والرهنُ، والخلعُ؛ إن ادَّعى العبد والقاتلُ والراهنُ والمرأةُ، وإن ادَّعَى الآخَرُ: كان كدَعْوى الدَّين.

والإجارةُ كالبيع عند أوّل المدّة، وكالدَّين بعدها. ....

أو أكثرهما كما سيجيء. وكذا لو اختلفا في مقدار بدل الكتابة: لا تقبل شهادتهما؛ لما قرَّرناه.

(**وكذا: العتقُ على مالٍ، والصلحُ عن قَوَد، والرهنُ، والخلعُ؛ إن ادَّعى العبد**) في الصورة الأولى، (**والقاتلُ**) في الثانية، (**والراهنُ**) في الثالثة، (**والمرأةُ**) في الرابعة؛ لأن هؤلاء لا يقصدون إثبات المال، بل إثبات العقد وهو مختلف، فلا تقبل.

(**وإن ادَّعَى الآخَرُ**) أي: المولى في العتق على مال، ووليُّ المقتول في الصلح عن قَوَد، والمرتهنُ في الرهن، والزوجُ في الخلع بأن يدعي مولى العبد: «أني أعتقتك على ألف ومائة»، وقال العبد: «على ألف»، أو ادعى وليُّ القصاص: «صالحتك على ألف ومائة»، وقال القاتل: «على ألف»، وكذا الباقيان: (**كان كدَعْوى الدَّين**) فيما ذكر من الوجوه من:

* أنها تقبل على ألف إذا ادعى ألفا ومائة **بالاتفاق**.

* وإذا ادعى ألفين: لا تقبل عنده، خلافا **لهما**.

* وإن ادعى الأقل من المالين: تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما؛ لأنه ثَبَتَ العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق، فبقي الدعوى في الدين.

وفي الرهن إذا كان المدَّعي الراهن: لا تقبل؛ لعدم الدعوى؛ لأنه لمَّا لم يكن له أن يستردَّ الرهن قبل قضاء الدين: كانت دعواه غير مفيدة، فكانت كأن لم تكن، وإن كان هو المرتهن: كان بمنزلة الدين يقضى بأقل المالين إجماعا، وفي «العناية» و«الدرر» كلام[1]، فليطالع[٨٨/ب].

(**والإجارةُ كالبيع عند أوَّل المدَّة**)، يعني: إذا كانت الدعوى في الإجارة في أول المدة قبل استيفاء المعقود عليه، واختلف الشاهدان: لا تقبل؛ كما لا تقبل عند الاختلاف في البيع للحاجة إلى إثبات العقد؛ سواء ادعى المؤجر أو المستأجر، وسواء كانت الدعوى بأقل المالين أو أكثرهما.

(**وكالدَّين بعدها**) أي: بعد المدة، فثبت ما اتفق عليه الشاهدان وهو الأقل.

---

(١) «العناية» للبابرتي (٧/٤٤٩)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٨٦).

وفي النكاح: تُقبَل بالألف استحسانا. ولا فرْقَ فيه بين دعوى الأقلِّ أو الأكثرِ، وقالا: رُدَّت فيه أيضا.

أما إذا كان المدَّعي هو الآجِر: فإنه لا حاجة حينئذ إلى إثبات العقد، وأما إن كان المستأجر: فلأن ذلك منه اعتراف بمال الإجارة، فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما.

وهذا إن ادعى الأكثر، وإن الأقل لا تقبل شهادة من شهد بالأكثر؛ لأن المدَّعي يكذبه.

وفي بعض الشروح: فإن كان الدعوى من المستأجر: فهو دعوى العقد **بالإجماع**، وهو في معنى الأول؛ لأن الدعوى إذا كانت في العقد: بطلت الشهادة، فيؤخذ المستأجر باعترافه كما في «العناية»[1].

(**وفي النكاح: تُقبَل**) الشهادة (**بالألف**) إذا اختلف الشاهدان في قدر المهر بأن شهد أحدهما بالنكاح بالألف والآخر بألف ومائة عند **الإمام** (**استحسانا**)؛ لأن المال في النكاح تابع، ومِن حكم التابع أن لا يُغيِّر الأصل، ولذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده.

وكذا لا يختلف باختلافه إذا اتَّفقَا على الأصل وهو الملكُ والحلُّ، فيلزم القضاء به، فيبقى المهر مالا منفردا، وقضى بأقل المالين.

(**ولا فرْقَ فيه بين دعوى الأقلِّ أو الأكثرِ**) وهو الصحيح، وبين كون الدعوى من الزوج أو الزوجة وهو الأصح؛ لأن المنظور إليه هو النكاح، وهو لا يختلف باختلاف المهر؛ لكونه غير مقصود، فلزوم إكذاب شاهد الأكثر عند دعوى الأقل لا يضر في ثبوت النكاح.

وقيل: الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدَّعية، فإن كان المدَّعي هو الزوج: لا تقبل **إجماعا**.

(**وقالا**)، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[2]: (**رُدَّت**) الشهادة (**فيه**) أي: في النكاح (**أيضا**) أي: كما في البيع، ولا يقضى بشيء؛ لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب؛ إذ النكاح بألف غير النكاح بألف ومائة.

وذكر في «الأمالي» قول أبي يوسف مع قول الإمام، فالعمل بالاستحسان أولى.

---

(١) «العناية» للبابرتي (٧/٤٤٩)، والمراد بـ«بعض الشروح»: «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٢٤/أ).

(٢) «تحفة المحتاج» لأبي حجر الهيتمي (١٠/٢١٣).

ولا بُدَّ من الجرِّ في شهادة الإرث بأن يقول الشاهد: «ماتَ، وتَرَكَه ميراثا للمدَّعي» أو «ماتَ، وهذا ملكُه» أو «... في يده»، خلافا لأبي يوسف.

وفي «الشمني» وغيره: ولو اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف: تقبل، ولو اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح: لا تقبل[1].

وفي «البحر» تفصيل[2]، فليراجع.

(**ولا بُدَّ من الجرِّ في شهادة الإرث**)، يعني: إذا ادعى الوارث عينا في يد إنسان أنها ميراث أبيه، وشهِدَا أن هذه كانت لأبيه: لا يقضى له حتى يجر الميراث حقيقة (**بأن يقول الشاهد: «ماتَ، وتَرَكَه ميراثا للمدَّعي»**)، أو حكما كما أشار إليه بقوله: (**أو «ماتَ، وهذا ملكُه أو في يده**» وتصرُّفِه»)، أما إن قال: «إنه كان لابنه»: لا تقبل شهادته؛ لعدم الجر حقيقة وحكما، هذا عند **الطرفين**.

(**خلافا لأبي يوسف**)؛ فإنه قال: تقبل شهادته بلا جر؛ لأن ملك المورِّث ملك الوارث؛ لكون الوراثة خلافة، ولهذا يُرَدُّ بالعيب ويُرَدُّ عليه به، فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث.

ولهما: أن ملك الوارث يتجدَّد في الأعيان وإن لم يتجدد في حق الديون، ولهذا يجب الاستبراء على الوارث في الجارية الموروثة، ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير، والمتجددُ يحتاج إلى النقل؛ لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا، لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت؛ لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة.

وكذا الشهادة على قيام يده؛ لأن الأيدي عند الموت تنقلب يدَ ملكٍ بواسطة الضمان؛ إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت أن يُسوِّي أسبابه، ويُبيِّن ما كان من الودائع والغصوب، فإذا لم يبين: فالظاهر من حاله أن ما في يده ملكه، فجعل اليد عند الموت دليل الملك كما في «العناية» و«الدرر»[3].

وقال صاحب «المنح»: ولا بد مع الجر المذكور من بيان سبب الوراثة، وإذا شهدوا

---

(١) «حاشية الوقاية» للشمني (٣٨٦/أ)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٣٢/٤).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (١١٣/٧).

(٣) «العناية» للبابرتي (٤٥٨/٧)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٣٨٨/٢).

فإن قال: «كان هذا الشيءُ لأب المدَّعي، أَعارَه من ذي اليد» أو «... أَودَعَه إياه»: قُبِلت بلا جرٍّ.

وإن شَهِدَا: «أن هذا الشيءَ كان في يد المدَّعي منذ كذا»: رُدَّتْ، وإن شَهِدَا: «أنه كان ملكُه»: قُبِلتْ.

ولو أَقرَّ المدَّعى عليه أنه كان في يد المدَّعي: أُمِرَ بالدفع إليه.

«أنه أخوه»: فلا بد من بيان أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما، ولا بد من قول الشاهد: «لا وارث له غيره»، ولو قال: «لا وارث له بأرض كذا»: تقبل **عنده**، خلافا **لهما**.

وذكرُ اسم الميت ليس بشرط، حتى: لو شهدوا «أنه جده أبو أبيه ووارثه»، ولم يسم الميت: تقبل بدون اسم الميت[٨٩/أ].

(**فإن قال**) الشاهد: (**«كان هذا الشيءُ لأب المدَّعي أَعارَه من ذي اليد» أو «... أَودَعَه إياه»: قُبِلت**) الشهادة (**بلا جرٍّ**)؛ لأن يد المستعير والمودع والمستأجر يد الميت، فصار كأنه شهد بأن أباه مات والمنزل في يده.

(**وإن شَهِدَا: «أن هذا الشيءَ كان في يد المدَّعي منذ كذا**[١]**»**) والحال أنه ليس في يده عند الدعوى: (**رُدَّتْ**) شهادتهما.

وعند **أبي يوسف**: أنها تقبل؛ لأن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدا أنه كان ملكه: تقبل، فكذا هذا، وصار كما لو شهدا بالأخذ من المدَّعي.

ووجه الظاهر -وهو قول **الطرفين**-: **أن** الشهادة قامت بمجهول؛ فإن اليد متنوعة إلى يد ملك وأمانة وضمان، فلا يمكن القضاء بالشك، بخلاف الأخذ؛ لأنه معلوم وحكمه معلوم، وهو وجوب الرد، وبخلاف الملك؛ لأنه معلوم غير مختلف، وعن هذا قال:

(**وإن شَهِدَا: «أنه كان ملكُه»: قُبِلتْ**) شهادتهما؛ لما مرَّ.

(**ولو أَقرَّ المدَّعى عليه أنه كان في يد المدَّعي: أُمِرَ بالدفع إليه**) أي: إلى المدَّعي؛ لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار.

---

(١) قوله: «منذ كذا» ليس بقيد؛ فإن الخلاف ثابت فيما لم يذكره؛ فإنه ذكر التمرتاشي: «لو شهدوا لحي أن العين كانت في يده: لم تقبل؛ لأن اليد محتملة يد غصب ويد ملك؛ فإن كانت يد غصب عن ذي اليد: لا تجب إعادته، وإن كانت يد ملك: تجب، فلا يجب بالشك كما في «النهاية» وغيره. (داماد، منه).

وكذا لو شَهِدَا بإقراره بذلك.

باب الشهادة على الشهادة: تُقبَل في غير حدٍّ وقَوَدٍ وإن تكرَّرث.

وشُرِطَ لها تعذُّر حضورِ الأصل ....

(**وكذا**) يؤمر بدفعه (**لو شَهِدَا بإقراره**) أي: إقرار المدَّعى عليه (**بذلك**) أي: بأنه كان في يد المدَّعي؛ لأن الإقرار معلوم، فتصح الشهادة به.

(باب الشهادة على الشهادة)

لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الأصول.

(**تُقبَل**) الشهادة على الشهادة استحسانا في جميع الحقوق كالأموال والوقف على الصحيح؛ إحياء له، وصونا عن اندراسه والتعزير كما في «البحر»[1].

وفي «الاختيار»: هذا رواية عن **أبي يوسف**[2].

وعن **الإمام**: أنها لم تقبل، وقضاء القاضي وكتابه كما في «الخانية»[3].

(**في غير حدٍّ وقَوَدٍ وإن**) -وصلية- (**تكرَّرث**) مرتين أو مرات؛ أي: تجوز في درجات ثم فثُمَّ كما تجوز في درجة.

وكان **القياس**: أن لا تجوز؛ لأن الشهادة عبادة بدنية، والنيابةُ لا تجري فيها.

وجه الاستحسان: أن الحاجة ماسَّة إليها؛ إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض، فلو لم تجز: لأدَّى إلى إتواء الحقوق، ولهذا جوزت وإن كثرت -أي: وإن بعدت- إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث إن فيها زيادة احتمال، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود، فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص.

وعند **الأئمة الثلاثة**: تقبل فيما يسقط بها أيضا[4].

(**وشُرِطَ لها**) أي: لهذه الشهادة (**تعذُّر حضورِ الأصل**) أي: أصل الشاهد على القضية

---

(١) «البحر الرائق» لابن نحيم (١٢١/٧).

(٢) «الاختيار» للموصلي (١٥١/٢).

(٣) «الخانية» لقاضي خان (٤٩٠/٢).

(٤) «الأم» للإمام الشافعي (٥٣/٧)، و«التهذيب» للبراعذي (٥٨٦/٣)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (١٠٢/١٢).

بموتٍ أو مرضٍ أو سفرٍ، وأن يَشهَد عن كلِّ أصلٍ اثنان، ....

لأدائها بأحد من الأسباب الثلاثة (**بموتٍ**) أي: بموت الأصل كما في «الهداية» وغيرها[1].

لكن في «القهستاني» نقلا عن «النهاية»: أن الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه، فيشترط حياة الأصل[2].

(**أو مرضٍ**) أي: يكون مريضا مرضا لا يستطيع به حضور مجلس القاضي.

وفيه إشعار بأنها تقبل إذا كان الأصل مخدَّرة -وهي: التي لا تخالط الرجال-، ولو خرجت لقضاء الحاجة أو للحمام كما في «القنية».

وكذا إذا حبس الأصل في سجن الوالي، وأما في سجن القاضي: ففيه خلاف كما في «السراج»[3].

فعلى هذا إن ذكر الثلاثة ليس بحصر.

(**أو سفرٍ**) شرعيٍّ في ظاهر الرواية[4]، وعليه الفتوى؛ لأن جوازها عند الحاجة، وإنما نمس عند عجز الأصل.

وبهذه الأشياء يتحقق العجز بلا مرية، فلو كان الفرع بحيث لو حضر الأصل مجلس الحكم أمكنه البيتوتة في منزله: لم تقبل، وعند أكثر المشايخ -وهو قول **الأئمة الثلاثة**[5]-: تقبل، وعليه الفتوى كما في «السراجية» و«المضمرات»[6].

قالوا: الأول أحسن، والثاني أرفق.

وعن **محمد**: أنه يجوز كيف ما كان ولو كان الأصل في المصر.

(و) شُرِطَ (**أن يَشهَد عن كلِّ أصلٍ اثنان**)؛ لأن شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٢٩/٣)، و«لسان الحكام» لابن الشحنة (ص: ٢٤٨).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٢٧/٢).

(٣) ولم نجده في «المعراج» هذا النص في النسخة التي بين يدينا.

(٤) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ١٩٧).

(٥) «المهذب» للشيرازي (٤٥٩/٣)، و«الذخيرة» للقرافي (٢٨٨/١٠)، و«الشرح الكبير» لأبي الفرج (١٠٣/١٢).

(٦) «الفتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٥٠٢)، ولم نجده في «المضمرات» المطبوعة (٢١١/٥).

لا تغايُرُ فرعَيِ الشاهدَيْن. وصِفَتُها: أن يقول الأصل: ....

خلافا لمالك[١].

(لا) يُشترَط (تغايُرُ فرعَيِ الشاهدَيْن)، بل يكفي الفرعان للأصلين، فلو شهد رجلان على شهادة أصل واحد، ثم شهد هذان الشاهدان على شهادة أصل آخر في حادثة واحدة[٨٩/ب]: تقبل عندنا؛ لقول علي ﷺ: «لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين»[٢].

ذكره مطلقا من غير تقييد بالتغاير، ولم يرو غيره خلافه، فحل محل الإجماع، خلافا للشافعي[٣]، بل لا بد عنده أن يكون شهود الفرع أربعة؛ لأن كل فرعين قامَا مقام أصل واحد، فصارا كالمرأتين.

وذكر في «الكنز»: «إن شهد رجلان على شهادة شاهدين»[٤]، انتهى.

وظاهره: أن يكون ذلك شرطا، فلا تقبل شهادة النساء على الشهادة كما قاله المقدسي في «الحاوي»[٥]، وليس كذلك، بل هو سهو، وما وقع في «الكنز» اتفاقي؛ لأنه يجوز أن يشهد عليها رجل وامرأتان؛ لتمام النصاب.

وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلا؛ لأن للمرأة أيضا أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين، ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كما في «التبيين» وغيره[٦].

(وصِفَتُها) أي: الشهادةِ على الشهادة: (أن يقول) الشاهد (الأصل) أي: أصل كلٍّ من

---

(١) مذهب مالك كمذهبنا، انظر إلى «الكافي» للقرطبي (٩٠٢/٢)، و«التهذيب» للبراعذي (٥٩٦/٣).

(٢) قال الزيلعي: «غريب»، ثم ذكر ما أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤٥٠/٣٣٩/٨) عن علي ﷺ بلفظ: «لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان»، وما أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٣٠٨٠/٥٥٤/٤) عن الشعبي أنه قال: «لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين». وقال ابن حجر في «الدراية» (٨٣٥/١٧٣/٢): «لم أجده».
وقال ابن قطلوبغا في «التعريف والإخبار» (١٤٧٧/٤): ذكره محمد بن الحسن في «الأصل» (٥١٥/١١-٥١٦) بلاغا.

(٣) «الحاوي الكبير» للماوردي (٢٣١/١٧).

(٤) «كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٧٨).

(٥) «الحاوي القدسي» للمقدسي (٢٧٠/٢).

(٦) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٣٩/٤)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (١٢٠/٧).

«اشهَدْ على شهادتي أني أَشهَد بكذا»، ويقولَ الفرعُ عند الأداء: «أَشهَدُ أن فلانا أَشهَدَني على شهادته بكذا، وقال لي: اشهَدْ على شهادتي به».

الفريقين عند التحميل مخاطبا للفرع: («**اشهَدْ**) عند الحاجة -أمرٌ من الثلاثي-، فلو أشهد رجلا وهناك رجل يسمعه: لم يجز له أن يشهد، (**على شهادتي**)، فلو لم يذكره: لم يجز، خلافا لأبي يوسف؛ فإنه معلوم كما في «المحيط»[1] (**أني أَشهَد بكذا**») أي: بأن فلان بن فلان بن فلان أقرَّ عندي له بألف درهم، -والجملة بدل من المجرور-.

قيَّد بقوله: «على شهادتي»؛ لأنه لو قال: «اشهد عليَّ بذلك»: لم تجز له الشهادة، وقيَّد بـ«على»؛ لأنه لو قال: «بشهادتي»: لم تجز له كما في «التبيين»[2].

قيَّد بـ«الشهادة على الشهادة»؛ لأن الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدهما القاضي عليه.

وذكر في «الخلاصة» اختلافا بين **الإمام** و**أبي يوسف** فيما إذا سمعاه في غير مجلس القضاء، وأشار بعدم اشتراط قبوله إلى أن سكوت الفرع عند تحمله يكفي، لكن لو قال: «لا أقبل»: ينبغي أن لا يصير شاهدا كما في «القنية»، ولا ينبغي أن يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده.

(**ويقولَ**) الشاهد (**الفرعُ عند الأداء**: «**أَشهَدُ**) -على صيغة المتكلم- (**أن فلانا أَشهَدَني**) - ماضٍ من «الإفعال»- (**على شهادته بكذا، وقال لي: اشهَدْ**) -أمرٌ من الثلاثي- (**على شهادتي به**») أي: بكذا؛ لأنه لا بد من شهادةِ الفرع، وذكرِ الفرع شهادةَ الأصل، وذكرِ التحميل.

ولها لفظ:

* أطول من هذا بأن يقول الأصل: «أَشهَدُ بكذا...» أو «أنا أَشهَدُك على شهادتي، فاشهَدْ على شهادتي»، ويقول الفرع عند القاضي وقت الأداء: «أَشهَدُ أن فلانا يشهد أن لفلان على فلان كذا، وأَشهَدَني على شهادته، وأَمَرَني بأن أَشهَدَ على شهادته: أنا أشهد على شهادته».

* أو أقصر منه بأن يقول الأصل: «أَشهَدُ على شهادتي بكذا»، ويقول الفرع: «أَشهَدُ على شهادة فلان بكذا»، ذكره محمد في «السير الكبير»، وهو مختار الفقيه أبي جعفر وأبي

---

(١) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٨/٤٠٠).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٣٩).

ويصحُّ تعديلُ الفرعِ أصلَه وأحدِ الشاهدَيْن الآخَرَ، ....

الليث والإمام السرخسي، وهو أسهل وأيسر، لكن المصنف اختار الأوسط؛ لما قالوا: «خير الأمور أوساطها»[1].

(**ويصحُّ تعديلُ الفرعِ أصلَه**)، وهذا ظاهر الرواية، وهو الصحيح كما في «البحر»[2]؛ لأن الفرع ناقل عبارة الأصل إلى مجلس القاضي، فبالنقل ينتهي حكم النيابة، فيصير أجنبيا، فيصح تعديله.

والمراد: أن الفروع معروفون بالعدالة عند القاضي، فعدَّلوا الأصول، وإن يعرفهم بها: فلا بد من تعديلهم وتعديل أصولهم كما في «المنح»[3].

وفيه إيماء:

* إلى أنه: يجب أن يكون الأصل عدلا، فلو خرس، أو فسق، أو عمي، أو ارتد: لم تقبل شهادة فرعه كما في «الخزانة».

* وإلى أنه: لو غاب كذا سنة، ولم يعلم بقاؤه على عدالته: قُبِلت شهادة فرعه إن كان الأصل رجلا مشهورا كما في «الذخيرة».

(و) يصحُّ تعديلُ (**أحدِ الشاهدَيْن**) الفرعَيْن الذي هو عدل عند القاضي الفرعَ (**الآخَرَ**) الذي لم تعلم عدالته؛ لأنه من أهل التزكية.

وقيل لا تقبل؛ لأنه إنما يعدل ليصير مقبول الشهادة، وهي منفعة لنفسه فيُتَّهَم، ولا يخفى أنه مغنٍ عن السابق وشاملٌ لتعديل الأصل فرعَه إذا حضر وقد صح ذلك كما في «القهستاني»[4].

---

(١) أخرجه أبو نعيم في «معرفة الصحابة» (٣١٧٠/٦/٧٢٩٦) مرفوعا، وذكره البيهقي في «الآداب» (ص: ١٩٨)، وفي «شعب الإيمان» (٢٧٥/٨/٥٨١٩) من بلاغ عمرو بن الحارث مرفوعا، وأخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١٧٩/٧/٣٥١٢٨)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (١٠٣/٧)، والجوهري في «مسند الموطأ» (ص: ٨٥)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٥١٨/٨-٥١٩/٦١٧٦) من قول مطرف، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» (٢٨٦/٢) من قول أبي قلابة.

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٢٢/٧).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٢٦/٢/ب).

(٤) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٢٨/٢).

فإن سَكَتَ عنه: جازَ، ونُظِرَ في حاله عند أبي يوسف، وقال محمد: تُرَدُّ شهادته.

وتَبطُل شهادةُ الفرعِ بإنكارِ الأصلِ الشهادةَ.

وإن شَهِدَا على شهادة اثنَين على فلانةَ بنتِ فلانِ الفلانيَّةِ، وقالا: «أخبَرَانا أنهما يَعرِفانها»، وجاء المدَّعِي بامرأةٍ لم يَدرِيَا أنها هي أم لا: قيل له: ....

(**فإن سَكَتَ**) أي: الفرع (**عنه**) أي: عن تعديل الأصل: (**جازَ، ونُظِرَ**) أي: نظَر القاضي (**في حاله**) أي: حال الأصل كما لو حضر الأصل بنفسه، ويسأل عن عدالة الأصل غير الفرع؛ لكون الأصل مستورا، وإن ثبتت عدالته: تقبل شهادة فرعه، (**عند أبي يوسف**)، وهو المختار؛ لأن الواجب على الفرع هو النقل لا التعديل؛ إذ يخفى عليه عدالته[٩٠/أ].

(**وقال محمد: تُرَدُّ شهادته**)؛ لأنه لا شهادة إلا بالعدالة، وإذا لم يَعرِف الفرع عدالة الأصل: لا يجوز نقله، فترد شهادة الفرع على شهادته.

(**وتَبطُل شهادةُ الفرعِ**) قبل الحكم (**بإنكارِ الأصلِ الشهادةَ**) أي: الإشهادَ بأن قالوا: «لم نُشهِدهم على شهادتنا»، فماتوا أو غابوا، ثم شهد الفروع: لم تقبل؛ لأن التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين، وتقرُّرُ الأصل على شهادته شرطٌ لصحتها، بخلاف ما لو أشهده على شهادته، ثم نهاه عنها: لم يصح نهيه كما في «التنوير»[١].

قيَّد بـ«الإنكار»؛ لأنه لو سئل، فسكت: لم يبطل الإشهاد.

وقيَّدنا بـ«قبل الحكم»؛ لأنه لو أنكر بعد الحكم: لم تبطل؛ لِما قال يعقوب باشا في «حاشيته»: ومراده من بطلان شهادة الفروع عدمُ قبولها، وأما الحكم الواقع قبل الإنكار: فلا يبطل[٢].

(**وإن شَهِدَا على شهادة اثنَين على فلانةَ بنتِ فلانِ الفلانيَّةِ**): «أنها أقرَّت لفلان بكذا»، (**وقالا**) أي: الفرعان: («**أخبَرَانا**) أي: الأصلان (**أنهما يَعرِفانها**)» أي: الفلانة، (**وجاء المدَّعِي بامرأةٍ**) مُنكِرة (**لم يَدرِيَا**) الفرعان (**أنها**) أي: هذه المرأة (**هي**) أي: الفلانة (**أم لا: قيل له**) أي: قال القاضي للمدَّعي: «قد ثَبَتَ لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية»، وهذا؛ لأنهما نقلا كلام الأصول كما تحمَّلا، وقولُهما: «لا ندري أهي هذه أم لا» لا يوجب جرحا في الشهادة؛

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٤).

(٢) لم نجده في النسخة التي بين أيدينا.

«هاتِ شاهدَيْن أنها هي». وكذا في نقل الشهادة. فإن قالا فيهما: «... التَّمِيمِيَّة»: لا يجوز حتى يَنسِبَاها إلى فَخِذِها. والتعريفُ يَتِمُّ بذكر الجدِ أو الفخذِ أو بنسبةٍ خاصَّةٍ. والنسبةُ إلى المصرِ أو المحلَّةِ الكبيرةِ عامَّةٌ، وإلى السِّكَّة الصغيرةِ خاصَّةٌ.

باب الرجوع عن الشهادة: ....

لأنهما لم يعرفا، فقد عرفها الأصول إلا أنها غير تامة لكونها عامة؛ إذ عددهم لا يحصى، ولذا قال له: («**هاتِ شاهدَيْن أنها هي**»)؛ لأن التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما، والمدَّعي يدَّعي أن تلك النسبة للحاضرة وهي منكرة، فلا بد من إثبات أنها لها.

(**وكذا في نقل الشهادة**)، وهو: كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأنه في معنى الشهادة على الشهادة، إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفورِ ولايته ينفرد بالنقل.

وإنما صوَّرها في المرأة مع أن الحكم كذلك؛ لغلبة عدم المعرفة في المرأة.

(**فإن قالا**) أي: الشاهدان (**فيهما**) أي: في الشهادة والنقل: «فلانةُ بنتُ فلان (**التَّمِيمِيَّة**»: **لا يجوز**) قولهما؛ لأن مثل هذه النسبة غير تامة في التعريف؛ لكونها عامة مع كونها في امرأة (**حتى يَنسِبَاها إلى فَخِذِها**)، وهيك القبيلة الخاصة، يعني: عند عدم ذكر الجد، وهذا؛ لأن التعريف لا بد منه في هذا، ولا يحصل بالنسبة العامة كالنسبة إلى بني تميم فقط؛ لأنهم قبائل كثيرون لا يحصى عددهم، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ؛ لأنها خاصة.

(**والتعريفُ يَتِمُّ بذكر الجدِ أو الفخذِ أو بنسبةٍ خاصَّةٍ**). ثم بيَّنها بقوله:

(**والنسبةُ إلى المصرِ أو المحلَّةِ الكبيرةِ عامَّةٌ، وإلى السِّكَّة الصغيرةِ خاصَّةٌ**).

وفي «البحر»: والحاصل: أن التعريف بالإشارة إلى الحاضر، وفي الغائب لا بد من ذكر الاسم والنسب، والنسبةُ إلى الأب لا تكفي عند **الطرفين**، ولا بد من ذكر الجد خلافا **للثاني**، فإن لم ينسب إلى الجد ونسبه إلى الأب الأعلى كـ«تميمي» أو «نجاري»، وإلى الحرفة لا إلى القبيلة والجد: لا تكفي عند **الإمام**، وعندهما: أن معروفا بالصناعة تكفي، وإن نسبها إلى زوجها تكفي، والمقصود الإعلام، وتمامه فيه[1]، فليطالع.

(باب الرجوع عن الشهادة)

وجهُ المناسبة لما قبله وتأخيرُه عنه ظاهرٌ؛ لأن الرجوع عن الشهادة يقتضي سبق

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٢٤/٧).

لا يصحُّ الرجوع عنها إلا عند قاضٍ. فلو ادَّعى المشهودُ عليه رجوعَهما عند غيره: لا يُحلَّفان، ولا يُقبَل برهانُه عليه، بخلاف ما لو ادَّعى وقوعَه عند قاضٍ وتضمينَه إيَّاهما.....

وجودها، وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة؛ لأن فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة.

وتَرجَم بالباب تبعا لـ«الكنز» مخالفا لـ«الهداية»[(١)]؛ إذ ليس له أبواب متعددة، وهو وإن كان رفعا للشهادة، لكنه داخل تحتها كدخول النواقض في الطهارة.

قيل: ركنه: قول الشاهد: «رجعتُ عما شهدتُ به»، أو «شهدت بزور فيما شهدت به»، أو «كذبت في شهادتي»، فلو أنكرها: لم يكن رجوعا.

وشرطه: أن يكون عند القاضي، وعن هذا قال:

(**لا يصحُّ الرجوع عنها**) أي: عن الشهادة (**إلا عند قاضٍ**)؛ سواء كان هو القاضي الأول أو غيره؛ لأن الشهادة تختص بمجلسه، فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة، وهو مجلس القاضي[٩٠/ب].

(**فلو ادَّعى المشهودُ عليه رجوعَهما**) أي: رجوع الشاهدين (**عند غيره**) أي: غير القاضي: (**لا يُحلَّفان**) أي: الشاهدان إذا أراد المشهود عليه التحليف، (**ولا يُقبَل برهانُه**) أي: برهان المشهود عليه (**عليه**) أي: على رجوعهما؛ لأنه ادَّعى رجوعا باطلا، (**بخلاف ما لو ادَّعى**) المشهود عليها (**وقوعَه**) أي: وقوع الرجوع (**عند قاضٍ**) آخر غيرِ الذي كان قضى بالحق (**وتضمينَه**) -عطف على قوله: «وقوعه»- أي: تضمين القاضي المالَ (**إيَّاهما**) أي: الشاهدين، وأقام بينة: تقبل بينته، ويحلفان إن أنكرَا؛ لأن السبب صحيح كما: لو أقرَّ عند القاضي أنه رجع عند غير القاضي: فإنه صحيح وإن أقرَّ برجوع باطل؛ لأنه يجعل إنشاء للحال كما في «المنح»[(٢)].

وفي «المحيط»: ولو ادَّعى رجوعهما عند القاضي، ولم يدَّعِ القضاء بالرجوع والضمان: لا تسمع منه البينة، ولا يحلف عليه؛ لأن الرجوع لا يصح، ولا يصير موجبا للضمان إلا باتصال القضاء به[(٣)].

---

(١) ترجمه صاحب «الهداية» (١٣٢/٣) باسم: «كتاب الرجوع عن الشهادة»، وصاحب «الكنز» (ص: ٤٨٠) باسم: «باب الرجوع عن الشهادة».

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٢٨/٢/أ).

(٣) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٥٤١/٨).

فإن رجَعَا قَبْل الحكمِ: لا يحكم، وإن بعده: لا ينقض.

(**فإن رجَعَا**) أي: الشاهدان عن الشهادة (**قَبْل الحكمِ: لا يحكم**) القاضي بشهادتهما؛ إذ لا قضاء بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما؛ لعدم الإتلاف، لكن يُعزَّر الشاهد.

وإطلاقه شامل لِما لو رجعَا عن بعضها؛ كما: لو شهدَا بدارٍ وبنائها أو بأتانٍ وولدها، ثم رجعَا في البناء والولد: لم يحكم بالأصل؛ لأن الشاهد فسّق نفسه، وشهادة الفاسق تُردُّ كما في «جامع الفصولين»[1].

(**وإن**) رجَعَا (**بعده**) أي: بعد الحكم: (**لا ينقض**) القاضي حكمه؛ لأن الكلام الأول قد تأكَّد بالقضاء، فلا يناقضه الثاني.

وإطلاقه شامل لِما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل منه كما في أكثر المعتبرات، لكن في «خزانة المفتين» معزيا إلى «المحيط»: إن كان الرجوع بعد القضاء ينظر إلى حال الراجع:

* فإن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة: صحَّ برجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير، وينقض القضاء، ويرد المال على المشهود عليه.

* وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة أو دونه: وجب عليه التعزير، ولا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، ولا يجب الضمان على الشاهد، انتهى[2].

قال صاحب «البحر»: وهو غير صحيح عند أهل المذهب؛ لمخالفته ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد الحكم، وفي هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقا مع أنه في نقله مناقض؛ لأنه قال أولَ الباب بالضمان موافقا للمذهب، انتهى[3].

لكن في «الخلاصة» مثل ما في «الخزانة»، لكنه قال: وهذا قول **الإمام** الأولُ، وهو قول أستاذه حماد، ثم رجع عن هذا القول، وقال: لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال حتى لا ينقضُ القضاء، ولا يردُّ به على المشهود عليه، وهو **قولهما**، انتهى.

---

(١) «جامع الفصولين» للشيخ بدر الدين (٥٨/١).

(٢) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٥٣٩/٨).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٢٨/٧).

وضَمِنَا ما أَتلَفَاه بها إذا قَبَضَ المدَّعي مدَّعاه دَينًا كان أو عينًا.......................

فعلى هذا ما قاله صاحب «البحر» من: «أنه غير صحيح عند أهل المذهب» ليس بسديد، بل الصواب أن يقول: هو مرجوع عنه، تأمَّلْ.

(**وضَمِنَا**) أي: الشاهدان الراجعان للمشهود عليه (**ما أَتلَفَاه بها**) أي: بالشهادة؛ لإقرارهما على أنفسهما بالضمان.

وقال **الشافعي**: لا يضمنان؛ لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة[١].

قلنا: تعذَّر إيجاب الضمان على المباشر -وهو: القاضي-؛ لأنه كالملجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرفُ الناس عن تقلده، وتعذَّر استيفاؤه من المدَّعي؛ لأن الحكم ماضٍ، فاعتُبر التسبيب.

وإنما يضمنان (**إذا قَبَضَ المدَّعي مدَّعاه دَينًا كان أو عينًا**)؛ لأن الإتلاف بالقبض يتحقق؛ ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين.

وقد تبع المصنف «الكنز» و«الهداية» في تقييده، وهو مختار السرخسي وصاحب «المجمع»[٢]، وخالف أصحابَ الفتاوى في إطلاقهم، وقد صرَّح في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما: بالضمان بعد القضاء؛ قبض المدَّعي المال أو لا، قالوا: وعليه الفتوى، وفي «الخلاصة»: أنه قول **الإمام** الآخرُ، وهو **قولهما**، انتهى[٣].

وظاهره: أن اشتراط القبض مرجوع عنه كما في «البحر».

وفرَّق شيخ الإسلام بين العين والدين، فقال: إن كان المشهود به عينا: فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وإن لم يقبضها المدَّعي، وإن كان دينا: فليس له ذلك حتى يقبضه.

وفي «البحر» تفصيل عدم انحصار تضمين الشاهد في رجوعه[٤]، فليراجع[٩١/أ].

---

(١) انظر «البيان» للعمراني (١٣/٤٠٠).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٥٤)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٨٠)، و«المبسوط» للسرخسي (١٧/٦٣)، و«شرح مجمع البحرين» لابن الساعاتي (٩/٢٦٧).

(٣) «الفتاوى البزازية» (١/٥٩٥).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٢٩).

فإن رَجَعَ أحدُهما: ضَمِنَ نصفًا.

والعبرةُ لمن بَقِيَ، لا لمن رَجَعَ.

فإن شَهِدَ ثلاثةٌ، ورَجَعَ واحدٌ: لا يَضمَن، فإن رَجَعَ آخَرُ: ضَمِنَا نصفًا.

وإن شَهِدَ رجلٌ وامرأتان، فرجَعتْ واحدة: ضَمِنت رُبُعًا، ....

(**فإن رَجَعَ أحدُهما**) أي: أحد الشاهدين عن شهادته في دعوى حق بعد القضاء: (**ضَمِنَ**) الراجع (**نصفًا**)؛ إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة، فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف، فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف، وعن هذا قال:

(**والعبرةُ**) في باب الضمان (**لمن بَقِيَ**) من الشهود.

وعند **الأئمة الثلاثة**: العبرة لمن رجع إلا في رواية عنهم[1].

(**لا لمن رَجَعَ**)، هذا هو الأصل، فإن بقي اثنان: يبقى كل الحق، وإن بقي واحد: يبقى النصف كما مرَّ آنفا.

ولذا فرَّع عليه المسائل، فقال:

(**فإن شَهِدَ ثلاثةٌ**) بحق، (**ورَجَعَ واحدٌ**) عن شهادته: (**لا يَضمَن**) الراجع شيئا؛ لبقاء نصاب الشهادة.

(**فإن رَجَعَ آخَرُ**) بعد رجوع واحد من الثلاثة.

فعلى هذا إن الفاء في قوله: «فإن رجع» تعقيبية.

(**ضَمِنَا**) أي: الراجعان (**نصفًا**) من المقبوض؛ لبقاء نصف نصاب الشهادة، وهو واحد من ثلاثة، فيبقى نصف الحق.

فإن قيل: ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط؛ لأن التلف أضيف إليه.

أجيب: بأن التلف مضاف إلى المجموع، إلا أنه عند رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع، وهو: بقاء الشاهدين، فلما زال ذلك المانع برجوع آخر: ظهَر أثره.

(**وإن شَهِدَ رجلٌ وامرأتان، فرجَعتْ واحدة**) منهما: (**ضَمِنت**) الراجعة (**رُبُعًا**) **بالإجماع**؛

---

(١) «البيان» للعمراني (٤٠٦/١٣)، و«الشامل» لأبي البقاء (٨٧٠/٢)، و«الكافي» لابن قدامة (٢٩٥/٤).

وإن رَجَعَتَا: ضَمِنَتَا نصفًا.

وإن شَهِدَ رجلٌ وعشرُ نسوةٍ، فرَجَعَ ثمانٍ: لا يَضمَنَّ شيئًا، فإن رَجَعت أخرى: ضَمِنَ التسعُ رُبُعًا، وإن رَجَعَ العشرُ: ضَمِنَّ نصفًا، وإن رَجَعَ الكلُّ: فعلى الرجل سُدُسٌ وعليهن خمسةُ أسداسٍ، وعندهما: عليه نصفٌ، وعليهن نصفٌ.

لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل وامرأة، (وإن رَجَعَتَا) أي: المرأتان (ضَمِنَتَا نصفًا)؛ لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل.

(وإن شَهِدَ رجلٌ وعشرُ نسوةٍ، فرَجَعَ ثمانٍ) منهن: (لا يَضمَنَّ) -على صيغة الجمع المؤنث الغائبة- (شيئًا)؛ لبقاء النصاب، وهو: رجل وامرأتان من العشر، (فإن رَجَعت) امرأة (أخرى) بعد رجوع الثمان من العشر: (ضَمِنَ) النسوة (التسعُ رُبُعًا)؛ لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل وامرأة كما مرَّ، (وإن رَجَعَ) النسوة (العشرُ) دون الرجل: (ضَمِنَّ) -صيغة جمع مؤنث غائبة- (نصفًا) **بالإجماع**؛ لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل.

قيل[1]: ينبغي أن يقول: «وإن رجعت» في المحلين، وكذا في قوله: «وضمن التسع» ينبغي أن يقول: «وضمنت»، فنقول: يجوز في مثله؛ لأن الله تعالى قال في قصة يوسف: ﴿۞وَقَالَ نِسْوَةٌ﴾ [يوسف: ٣٠]، ووجهه بيِّنٌ في التفاسير[2]، فليطالع.

(وإن رَجَعَ الكلُّ) أي: الرجل والنساء: (فعلى الرجل سُدُسٌ) أي: سدس الحق، (وعليهن) أي: على النساء (خمسةُ أسداسٍ) عند **الإمام**؛ لأن كل امرأتين قامت مقام رجل واحد، فعشرُ نسوة كخمسة من الرجال؛ كما: لو شهد به ستة رجال، ثم رجعوا: فإن الضمان عليهم يكون أسداسا، فعلى الرجل غُرْم السدس هو حصة اثنتين من العشر، وعليهن غرم خمسة أسداس.

(وعندهما: عليه) أي: على الرجل (نصفٌ، وعليهن) أي: على النساء (نصفٌ)؛ لأن العشر من النساء يقُمْنَ مقام رجل واحد، فيكُنَّ نصف النصاب كما أن الرجل الواحد يكون نصف النصاب، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل، فيكون الغرم على المناصفة.

وفي «التبيين» نقلا عن «المحيط»: لو رجع رجل وثمان نسوة منهن: فعلى الرجل

---

(١) قائله: صاحب «الفرائد» (٤٩٢/أ). (داماد، منه).

(٢) «البحر المحيط» لأبي حيان (٢٦٤/٦)، و«الكشاف» للزمخشري (٤٦٢/٢)، و«إرشاد العقل السليم» لأبي السعود (٢٧٠/٤).

وإن شَهِدَ رجلان وامرأةٌ، ورَجَعوا: فالغُرْمُ على الرجلَيْن خاصة.

ولا يَضمَن راجعٌ شَهِدَ بنكاح بمهرٍ مسمًّى عليها أو عليه........................

نصف الحق، ولا شيء على النسوة؛ لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، وقد بقي من النساء من ثَبَتَ بشهادتهن نصف الحق، فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن.

ثم قال: وهذا سهو، بل يجب أن يكون النصف أخماسا عنده، وعندهما: أنصافا.

وذكر الإسبيجابي: لو رجع واحد وامرأة: كان النصف بينهما أثلاثا، ولو كان كما قال: لم يجب عليها شيء[(١)]، انتهى.

لكن ذكر الإسبيجابي عقيب هذه المسألة اختلافا؛ لأنه قال: لو شهد رجل وثلاث نسوة، فقضى به، ثم رجع رجل وامرأة: ضمن الرجل نصف المال، ولم تضمن المرأة شيئا في **قولهما**، وفي قياس قول **الإمام**: نصف المال أثلاثا؛ ثلثاه على الرجل، وثلثه على المرأة، انتهى.

فعلى هذا ظهر أن صاحب «المحيط» اختار **قولهما**، فلا سهو، تدبَّرْ.

(**وإن شَهِدَ رجلان وامرأةٌ، ورَجَعوا: فالغُرْمُ على الرجلَيْن خاصة**)؛ لأن الواحدة ليست بشهادة، بل هي بعض الشاهد، فلا يضاف إليه الحكم[٩١/ب].

(**ولا يَضمَن راجعٌ شَهِدَ بنكاح بمهرٍ مسمًّى عليها**) أي: على المرأة (**أو عليه**) أي: على الزوج.

الأصل: أن المشهود به:

* **إن لم يكن مالا** بأن كان قصاصا أو نكاحا أو نحوهما: لم يضمن الشهود **عندنا**، خلافا **للشافعي**[(٢)].

* **وإن كان مالا**؛

* فإن كان **الإتلاف بعوضٍ يُعادله**: فلا ضمان على الشاهد؛ لأن الإتلاف بعوض كلا إتلافٍ، وإن كان **بعوض لا يُعادله**: فبقدر العوض لا ضمان، بل فيما وراءه.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٤٦/٤)، و«المحيط البرهاني» لابن مازة (٥٤٢/٨).

(٢) «البيان» للعمراني (٤٠٠/١٣).

إلا ما زادَ على مهر المثل، ولا من شَهِدَ بطلاقٍ بعد الدخول. ويَضمَن قبل الدخول نصفَ المهر، ....

* وإن كان **الإتلاف بلا عوض** أصلا: وجب ضمان الكل.

إذا تقرَّر هذا: فنقول: ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة، وأقام على ذلك بينة، فقضي بالنكاح، ثم رجعَا عن شهادتهما: لم يضمنا لها شيئا؛ سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها، أو أكثر، أو أقل؛ لأنهما وإن أتلفَا البُضْع عليها بعوض لا يعدله، لكن البضع لا يتقوَّم على المتلف، وإنما يتقوم على المتملك ضرورة التملك؛ فإن ضمان الإتلاف يقدر بالمثل، ولا مماثلة بين البضع والمال، وأما عند دخوله في ملك الزوج: فقد صار متقوِّما؛ إظهارا لخطره كما في «الدرر»[1].

(**إلا ما زادَ على مهر المثل**)، يعني:

* إن كان مهر مثلها **مثل** المسمى أو **أكثر**: لم يضمنَا شيئا؛ لأنهما أوجبا المهر عليه بعوض يعدله، أو يزيد عليه وهو: البضع؛ **لأنه** عند الدخول في ملك الزوج متقوم، وقد بيَّنَّا أن الإتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان.

* وإن كان مهر مثلها **أقل** من المسمى: ضمنَا الزيادة للزوج؛ لأنهما أتلفَا قدر الزيادة بلا عوض.

وكذا لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه، ثم رجعَا بعد القضاء: ضمنَا لها.

(**ولا**) يضمن (**من شَهِدَ بطلاقٍ بعد الدخول**)؛ لأن المهر تأكَّد بالدخول، فلا إتلاف، (**ويَضمَن**[2] **قبل الدخول نصفَ المهر**) إن كان مسمًّى، أو المتعةَ إن لم يكن مسمًّى؛ لأنهما أكَّدَا ضمانا على شرف السقوط، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت: سقط المهر، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ، فيوجب سقوط جميع المهر، ثم يجب نصف المهر ابتداءً بطريق المتعة، وكان واجبا بشهادتهما كما في «الهداية»[3].

والتعليل الأول للمتقدمين، والثاني للمتأخرين، وفي «البحر» تفصيل[4]، فليراجع.

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٩٣).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «في الطلاق».

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٣٤).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٣٤).

وفي البيع ما نَقَصَ عن قيمة المَبيع، وفي العتق القيمةَ، ....

وفي «التنوير»: ولو شهدَا: «أنه طلقها ثلاثا»، وآخران: «أنه طلقها واحدة قبل الدخول»، ثم رجعوا: فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير، ولو كان ذلك بعد وطء أو خلوة: فلا ضمان[١] على أحد.

(**وفي البيع**) يَضمن (**ما نَقَصَ عن قيمة المَبيع**).

وفي «المنح»: ولو شهدَا على البائع به بمثل القيمة أو أكثر: فلا ضمان؛ لأنه إتلاف بعوض، وإن شهدَا به بأقل من قيمته: ضمنَا النقصان؛ لأنه بغير عوض، ولو شهدَا على المشتري: فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة أو أقل، وإن كان بأكثر: ضمنَا ما زاد عليها، كذا صرحوا[٢].

فعلى هذا لو قال: «ولا في البيع إلا ما نقص من قيمة المبيع إن ادعى المشتري، ولا في البيع إلا ما زاد على القيمة من الثمن إن ادعى البائع» كما في «الغرر»[٣]: لكان أظهر وأولى، تدبَّرْ.

وفي «التنوير»: ولو شهدَا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمتُه ألف: فإن شاء: ضمن الشهود قيمته حالا، وإن شاء: أخذ المشتري إلى سنة، وأيًّا ما اختار: برئَ الآخر[٤].

(**وفي العتق**) يضمن (**القيمةَ**)، يعني: إذا شهِدَا على عتق عبد، ثم رجعَا: ضمنَا قيمة العبد مطلقا؛ أي: سواء كانا موسرين أو معسرين؛ لإتلافهما مالية العبد عليه من غير عوض، ولا يتحول الولاء إليهما بالضمان؛ لأن العتق لا يحتمل الفسخ، فلا يتحول بالضرورة؛ إذ الولاء لمن أعتق.

أطلق «العتق»، فانصرف إلى العتق بلا مال، فلو شهدَا أنه أعتق عبده على خمسمائة وقيمتُه ألف، فقضى، ثم رجعَا؛ إن شاء: ضمَّن الشاهدين الألفَ، ورجعَا على العبد بخمسمائة، وولاءُ العبد للمولى كما في «البحر»[٥].

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٥).
(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٢٩/ب).
(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٩٣).
(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٤).
(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٣٥).

وفي القصاص الدية فقط.

ويَضمَن الفرعُ إن رَجَعَ، لا الأصلُ إن قال الأصل: «ما أَشهَدتُه على شهادتي». ولو قال: «أَشهَدتُه، وغَلِطتُ»: ضَمِنَ عند محمد، ....

وفي «التنوير»: وفي التدبير ضمنا ما نقصه، وفي الكتابة يضمنان قيمته، ولا يعتق حتى يؤدي ما عليه إليهما[1].

وما في «الفتح» من: «أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة»[2] سهوٌ، والصواب: للذي كاتبه كما في «البحر»[3].

وفي الاستيلاد يضمنان نقصان قيمة الأمة، فإن مات المولى: عتقت، وضمن الشاهدان قيمتها للورثة.

(**وفي القصاص**) يَضمن (**الديةَ فقط**)، يعني: إذا شهدَا: «أن زيدا قتل بكرا»، فاقتص زيد، ثم رجعَا: تجب الدية عندنا، لا القصاص؛ لأن القتل وُجِد باختيار الولي؛ لأنه ليس بمضطر فيه؛ لاقتداره على العفو أيضا، ولم يكونا سببًا بالقتل، فلرائحة السببية وقعت الشبهة، وهي مانعة عن القَوَد لا عن الدية؛ لأن المال يثبت مع الشبهة، بخلاف المكره؛ لأنه مُباشِر فيه، فيكون سببا يضاف إليه القتل، فيقتص.

وعند الشافعي: يقتصان؛ لوجود القتل تسبيبا كالمكره[4][٩٢/أ].

(**ويَضمَن الفرعُ إن رَجَعَ**) أي: يضمن شهود الفرع بالرجوع عن شهادتهم؛ لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم، وكان التلف مضافا إليهم، (**لا الأصلُ إن قال الأصل**[5]: «**ما أَشهَدتُه**) أي: الفرع (**على شهادتي**») أي: لا يضمن شهود الأصل بعد الحكم بقولهم: «لم نشهد الفروع على شهادتنا» **بالإجماع**؛ لأن الحكم لم يضف إليهم بل إلى الفرع، ولا يبطل القضاء بعد الحكم؛ للتعارض بين الخبرين، فصار كرجوع الشاهد.

(**ولو قال**) الأصل: («**أَشهَدتُه**) أي: الفرع، (**وغَلِطتُ**»): **ضَمِنَ عند محمد**)؛ لأن الفروع

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٤).

(٢) «فتح القدير» لابن الهمام (٧/٤٩١).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٣٦).

(٤) «البيان» للعمراني (١٣/٣٩٦).

(٥) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «الأصل».

لا عندهما. وإن رَجَعَ الأصلُ والفرعُ: ضَمِنَ الفرع فقط، وعند محمد: يُضمِّن المشهودُ عليه أيَّ الفريقين شاءَ.

وقولُ الفرعِ: «كَذَبَ أَصْلِي» أو «غَلِطَ...»: ليس بشيء.

وإن رَجَعَ المُزكِّي عن التزكية: ضَمِنَ، خلافا لهما.

نقلوا شهادة الأصل، فكأن الأصل حضر، وشهد عند مجلس القاضي، ثم رجع، (لا) يَضمن (عندهما)؛ لأن الحكم لم يقع بشهادة الأصل، بل بشهادة الفرع.

وقوله: «غلطتُ» اتفاقي؛ إذ لو قال: «رجعت عنها»: فلا ضمان أيضا **عندهما**.

(**وإن رَجَعَ الأصلُ والفرعُ**) جميعا بعد الحكم: (**ضَمِنَ الفرع فقط**) **عند الشيخين**؛ لأن الإتلاف يحصل بعد القضاء، والقضاءُ بشهادة الفرع، فيضاف التلف إليه بعد رجوعه، والضمانُ على المُتلِف.

(**وعند محمد: يُضمِّن المشهودُ عليه أيَّ الفريقين**) من الأصل والفرع (**شاءَ**) أي: إن المشهود عليه مخيَّر بين تضمين الفرع والأصل عنده؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفرع من وجه وبشهادة الأصل من وجه، فيخيَّر بينهما، والجهتان متغايرتان، ولا يجمع بينهم في التضمين.

(**وقولُ الفرعِ: «كَذَبَ**» -فعلٌ ماضٍ- «**أَصْلِي**» **أو «غَلِطَ...»: ليس بشيء**)، يعني: بعد الحكم بشهادتهم؛ لأن ما أمضى من القضاء لا ينقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم؛ لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم، إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

(**وإن رَجَعَ المُزكِّي عن التزكية: ضَمِنَ**) أي: ضمن المزكي بالرجوع عن تزكية الشاهد بعد أن زكَّاه **عند الإمام**؛ لأن قبول الشهادة عند القاضي بالتزكية يكون علة لعلة معنى، فيضاف الحكم إلى علة العلة.

(**خلافا لهما**)؛ فإن عندهما: لا ضمان على المزكِّين؛ لأنهم أثنوا على الشهود، فصاروا كشهود الإحصان.

والخلاف فيما إذا قالوا: «تعمَّدنا...» أو «عَلِمنا أن الشهود عبيد، ومع ذلك زكَّيناهم»، أما إذا قال المزكي: «أخطأت فيها»: فلا ضمان **إجماعا** كما في «البحر» وغيره[1].

فعلى هذا لو قيَّد «مع علمه بكونهم عبيدا»: لكان أولى.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٣٨/٧)، و«الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢٢٠/٢).

ولا يَضمَن شاهدُ الإحصانِ برجوعه. ولو رَجَعَ شاهدُ اليمينِ وشاهدُ الشرطِ: ضَمِنَ شاهدُ اليمينِ خاصَّةً، ولو رَجَعَ شاهدُ الشرطِ وَحْده: اختَلَف المشايخ.

ومن عُلِمَ أنه شَهِدَ زورًا: شُهِّرَ فقط، ولا يُعزَّر. وعندهما: يُوجَع ضربا، ويُحبَس.

وقيل: الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا: «إنهم أحرار»، أما إذا قالوا: «هم عدول»، فبانوا عبيدا: لا يضمنون إجماعا؛ لأن العبد قد يكون عدلا.

(**ولا يَضمَن شاهدُ الإحصانِ برجوعه**)؛ لأنه شرط محض، فلا يضاف الحكم إليه.

(**ولو رَجَعَ شاهدُ اليمينِ وشاهدُ الشرطِ**[1]: **ضَمِنَ شاهدُ اليمينِ خاصَّةً**)، يعني: إذا شهدَا: «أنه علَّق عتق عبده بشرط»، وشهد آخران: «أن الشرط الذي علَّق به العتق وُجِد»، فحكم الحاكم به، ثم رجع جميعهم: يضمن شهود اليمين قيمة العبد؛ لأنهم أثبَتوا العلة وهو قوله: «أنت حر»، ولا يضمن شهود الشرط؛ لأن الشرط كان مانعا، وهم أثبتوا زوال المانع، والحكمُ يضاف إلى العلة لا إلى زوال المانع.

(**ولو رَجَعَ شاهدُ الشرطِ وَحْده: اختَلَف المشايخ**):

قال بعضهم: يضمن شاهد الشرط، والصحيح: أن شهود الشرط لا يضمنون بحال، نصَّ عليه في «الزيادات»، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وإلى الأول مال فخر الإسلام علي البزدوي كما في «التبيين» وغيره[2].

(**ومن عُلِمَ أنه شَهِدَ زورًا**) بأن أقرَّ على نفسه أنه شهد زورا، أو شهد بقتل رجل أو موته فجاء حيًا، أو شهد برؤية الهلال، فمضى ثلاثون يوما وليست بالسماء علة، ولم ير الهلال: (**شُهِّرَ فقط، ولا يُعزَّر**) عند الإمام، وعليه الفتوى كما في «السراجية»[3].

(**وعندهما: يُوجَع ضربا، ويُحبَس**).

وفي «الكافي»: اعلم أن شاهد الزور يُعزَّر إجماعا؛ اتصل القضاء بشهادته أو لا؛ لأنه

---

(١) اعلم أن «**الشرط**» عند الأصوليين: ما يتوقف عليه الوجود، وليس بمؤثر في الحكم، ولا مفضٍ إليه، و«**العلة**»: المؤثر في الحكم، و«**السبب**» هو المفضي إلى الحكم بلا تأثير، و«**العلامة**»: ما دل على الحكم، وليس الوجود متوقفا عليه، وبهذا ظهر أن الإحصان شرطٌ كما ذكره الأكثر. (داماد، منه).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٣١/أ)، و«المبسوط» للسرخسي (١٧/١١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٥٣)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٤/٢٥٤).

(٣) «الفتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٥٠٥).

....

ارتكب كبيرة اتصل ضررها بمسلم، إلا أنهم اختلفوا في كيفية تعزيره: فقال **الإمام**: تعزيره تشهيره فقط، **وقالا**: يضرب ويحبس، وهو قول **الشافعي**؛ لأن عمر ﷺ ضرب شاهد الزور أربعين سوطا، وسخَّم وجهه[١].

وله: أن شريحا القاضي في زمن عمر وعلي ﷺ كان يُشهِّر بأن يبعثه إلى سوقه أو إلى قومه[٢]؛ لإفشاء قباحته، وهذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولم ينكر عليه أحد منهم، فحل محل الإجماع، وكان هذا من **الإمام** احتجاجا بإجماع الصحابة لا تقليدا لشريح؛ لأنه لا يرى تقليد التابعي، وحديثُ عمر ﷺ محمولٌ على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم[٣][٩٢/ب].

** ** **

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٣٩٢/٣٢٦/٨)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٨٦٤٣/٥٢٦/٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٣٠٤٤/٥٥٠/٤، و٢٣٠٤٥)، وبنحوه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٣٩١/٣٢٦/٨)، وعزاه الزيلعي في «نصب الراية» (٨٨/٤) إلى «الآثار» للإمام محمد.

(٣) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (١٢٤/٢/ب).

كتاب الوَكالة: هي: «إقامةُ الغيرِ مقامَ نفسِه في التصرُّف».

وشرطُها: كونُ المُوكِّلِ يَملِكُ التصرُّفَ، ....

(كتاب الوَكالة)

مناسبتها للشهادة من حيث إن الإنسان يحتاج في معاشه إلى التعاضد، والشهادةُ منه، فكذا الوكالة.

وهي:

* **لغة:** -بفتح الواو وكسرها- اسم للتوكيل، مِن: «وكَّله بكذا» إذا فوَّض إليه الأمر، فيكون «الوكيل» بمعنى المفعول؛ لأنه موكول إليه الأمر.

وقيل: هي: الحفظ، ومنه: «الوكيل» في أسماء الله تعالى، فيكون بمعنى فاعل.

والتوكيلُ صحيح بالكتاب والسنة والإجماع[1].

* **وشرعا:** (**هي**) أي: الوكالة: (**«إقامةُ الغيرِ مقامَ نفسِه في التصرُّف»**).

والمراد بـ«التصرف»: أن يكون معلوما؛ لأنه إذا لم يكن معلوما: ثَبتَ أدنى التصرفات -وهو: الحفظ- فيما إذا قال: «وكَّلتك بمالي».

فلو قال: «في تصرف جائز معلوم»: لكان أولى؛ لأن التصرف مطلقا يشمل الجائز والمعلوم وغيرهما كما في «المنح»[2].

لكن يمكن أن يجاب عنه: بأن اللام للعهد، فلا حاجة إلى زيادة، تدبَّرْ.

[شروط الوكالة]

(**وشرطُها**) أي: الوكالة: (**كونُ المُوكِّل**) -اسم فاعل- ممن (**يَملِكُ التصرُّف**)؛ لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكِّل، فلا بد للمفيد من أن يملكه ويقدره.

---

(١) أما ثبوته بالكتاب: فهو قوله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩]، وكان البعث منهم بطريق الوكالة، وأما السنة: فهو ما روي: أن النبي ﷺ وكَّل حكيم بن حزام بشراء أضحية، وانعقد الإجماع عليه. (داماد، منه).

والحديث أخرجه الترمذي في «سننه» (١٢٥٧)، وأبو داود في «سننه» (٣٣٨٦)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٣٦٢٩٤/٣٠٣/٧)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٣١٣٣/٢٠٥/٣).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٣١/٢/أ).

والوكيلِ يَعقِل العقد ويَقصِده. ....

قيل: هذا على قولهما، وأما على قوله: فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل، فكونُ الموكِّل مالكا لذلك التصرف الذي وكَّل به الوكيلَ ليس بشرط؛ إذ يجوز توكيل المسلم ذميًا ببيع الخمر والخنزير عنده مع أن المسلم لا يملك هذا التصرف بنفسه[1]، انتهى.

لكن الشرط أن يكون الموكِّل مالكا للتصرف نظرا إلى أصل التصرف، وقادرا عليه، وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي: فلا يلزم ما قيل، تدبَّرْ.

(و) شرطها أيضا: كون (**الوكيلِ**) ممن (**يَعقِل العقد**)، ويعرف أن البيع سالبٌ للمبيع وجالبٌ للثمن، والشراءَ على عكسه، ويعرف الغبن الفاحش واليسير كما في أكثر المعتبرات[2].

وقال يعقوب باشا: وهو مشكل؛ لأنهم اتفقوا على أن توكيل [الصبي][3] العاقل صحيح، وفرقُ الغبن اليسير من الفاحش مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه، فلا وجه لاشتراطه في صحة التوكيل[4]، انتهى.

لكن المراد من «الصبي العاقل»: هو المميز مطلقا، فلا يرد، تدبَّرْ.

(**ويَقصِده**) أي: يقصد الوكيلُ ثبوتَ حكم العقد وحصولَ الربح، حتى: لو تصرَّف في البيع بطريق الهزل: فلا يقع عن الموكل كما في أكثر الكتب[5].

لكن ليس فيما نحن فيه؛ لأن الكلام في صحة الوكالة، لا في صحة بيع الوكيل وعدمِه وعدمِ وقوعه عن الموكِّل، ولذا تركه في «الكنز»[6]، إلا أن يقال: إن قوله: «يقصده» تأكيد لقوله: «يعقل»، والعطف عطف تفسير؛ لأنه بالقصد يعلم كمال العقل، تدبَّرْ.

---

(١) «البناية» للعيني (١١/٨).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٥٤/٤)، و«العناية» للبابرتي (٥١٢/٧)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (١٤٢/٧).

(٣) ليست في الأصل، والزيادة من «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا.

(٤) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١٠٣/أ).

(٥) «العناية» للبابرتي (٥١٢/٧)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢٨٢/٢)، و«الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢٩٩/١).

(٦) «كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٨٣).

فيصحُّ توكيلُ الحُرِّ البالغِ أو المأذونِ؛ حرًّا بالغًا أو مأذونًا أو صبيًّا عاقلًا أو عبدًا محجورَيْن؛ ....

وفيه رمز:

* إلى أن المعتوهَ يصلح أن يكون وكيلا؛ لأنه يعقله ويقصده وإن لم يُرجِّح المصلحة على المفسدة.

* وإلى أن علم الوكيل بالوكالة لم يُشترَط، خلافا لمحمد، فلو وكَّل ببيع عبده وطلاق امرأته، ففعل الوكيل قبل العلم: جاز، خلافا له كما في «القهستاني» نقلا عن «المحيط»[1].

ثم فرَّعه بقوله:

(**فيصحُّ توكيلُ الحُرِّ البالغِ**).

ينبغي أن يقيد بـ«العاقل»؛ ليحترز عن المجنون؛ لِما في «التنوير»: فلا يصح توكيل مجنونٍ، وصبيٍّ لا يعقل مطلقا، وصبيٍّ يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارَّة، وصحَّ توكيله بما ينفعه بلا إذن وليِّه كقبول الهبة، وبما تردَّد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة إن مأذونا، وإلا: توقَّف على إجازة وليِّه[2].

(**أو المأذونِ**)، والمراد بـ«المأذون»: الصبي العاقل الذي أَذِن له الولي، والعبد الذي أذن له المولى؛ أي: يصح توكيل كل منهما.

(**حرًّا**) -مفعول «توكيل»- (**بالغًا أو مأذونًا**)؛ لأن الموكِّل مالكٌ للتصرف، والوكيلَ أهلٌ له، (**أو**) توكيلُهما (**صبيًّا عاقلًا أو عبدًا محجورَيْن**): قيدٌ لـ«الصبي» و«العبد»؛ لأن الصبي أهل للعبارة حتى ينفذ تصرُّفه بإذن الولي، فكذا العبد حتى يصح طلاقه وإقراره في الحدود والقصاص، ولكن لا يرجع حقوق العقد إليهما بل إلى موكِّلهما؛ إذ لا يصح منهما التزام العهدة، فالصبي لقصور الأهلية والعبد لحق المولى، بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحسانا.

وفي «الشمني»: وعن أبي يوسف: أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور: له خيار الفسخ، وإن كانا مأذونين: لزمهما الثمن، ورجعا به

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٢١).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٦).

بكل ما يَعقِده هو بنفسه، وبإيفاءِ كلِّ حقٍّ وباستيفائِه إلا في حدٍّ وقَوَدٍ مع غيبة الموكِّل، ...

على الآمر استحسانا[١].

(**بكل ما**) -موصوفة أولى من الموصولة، والظرف لـ«التوكيل»-؛ أي: صح التوكيل لكل عقدٍ (**يَعقِده هو**) أي: الموكِّل (بنفسه) أي: مستبدًّا بنفسه أو بولاية نفسه عن الغير كالبيع والهبة والصدقة الوديعة وغيرها؛ لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه، فيحتاج إلى توكيل غيره، فلا بد من جوازه؛ دفعا لحاجته.

وفي «القهستاني»: ولا يشكل بتوكيل المسلم أو الذمي ذميا أو مسلما ببيع الخمر أو شرائها، وبالتوكيل ببيع السلم والاستقراض كما ظُنَّ؛ فإن الكفالة كافية للأولين، والثالث مستثنى بقرينة الآتي، والرابع مختلف فيه[٢]، انتهى.

ويمكن دفعه بوجه آخر كما بُيِّن آنفا[٩٣/أ].

(و) صح التوكيل (**بإيفاءِ كلِّ حقٍّ وباستيفائِه**)؛ لأن الموكِّل قد لا يهتدي إلى طريق الإيفاء والاستيفاء، فيحتاج إلى التوكيل بالضرورة.

والمراد بـ«الإيفاء»: دفعُ ما عليه، وبـ«الاستيفاء»: القبضُ.

(**إلا في حدٍّ**) كقذف، أو كسرقة (**وقَوَدٍ**) أي: لا يصح التوكيل باستيفائهما (**مع غيبة الموكِّل**) عن المجلس؛ كما: إذا قال الموكل: «وجب لي على فلان حدٌّ أو قصاصٌ في النفس أو الطَّرَف، فوكَّلتُك أن تطلبه منه»، فقَبِل: فإن استيفاءهما بدون حضور الموكل باطل؛ لسقوطهما بالشبهة، وعند حضوره يجوز إجماعا.

وإنما قلنا: «لا يصح التوكيل باستيفائهما»؛ لأنه صح التوكيل بإثباتهما.

وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيل بإثباتهما.

وقول محمد مضطرب، والأظهر: أنه مع الإمام في نفس التوكيل.

وكذا الخلاف في التوكيل بالجواب من جانب مَن له الحد والقصاص.

وفي «شرح الطحاوي»: صح التوكيل باستيفاء التعزير.

---

(١) «حاشية الوقاية» للشمني (٣٢٥/ب).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (١٢٢/٢).

وبالخصومة في كلِّ حقٍّ بشرطِ رِضَى الخصمِ للُزومِها؛ إلا أن يكون المُوكِّل مريضا لا يُمكِنه حضورُ مجلسِ الحاكم، أو غائبا مسافةَ سفرٍ، أو مريدًا للسفر، أو مُخدَّرةً غيرَ معتادةِ الخروجِ إلى مجلس الحاكم. ....

وعند **الأئمة الثلاثة**: يصح في القَوَد وإن غاب الموكل إلا في رواية عن **أحمد** وقولٍ من **الشافعي**[١].

(و) يصحُّ التوكيل (**بالخصومة في كلِّ حقٍّ**)؛ لأن كل أحد لا يهتدي إلى وجوه الخصومات، فيحتاج إلى التوكيل بالضرورة (**بشرطِ رِضَى الخصمِ**)، فلو رَضِيَ قبلَ سماع الحاكم الدعوى، ثم رجع: جاز رجوعه، وإن بعده: لا.

وفي «العناية»: اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم:

قال **الإمام**: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم؛ سواء كان الموكل هو المدَّعي أو المدَّعى عليه.

وقالا: يجوز بغير رضى الخصم، وهو قول **الشافعي**[٢].

لكن في «الهداية» و«الظهيرية» وغيرهما: لا خلاف في الجواز، إنما الخلاف في اللزوم، وهو الصحيح[٣]. وعن هذا قال:

(**للُزومِها**)، فعند **الإمام**: لا يلزم التوكيل بلا رضى الخصم، فترتدُّ الوكالة برد الخصم.

(**إلا أن يكون المُوكِّل مريضا لا يُمكِنه**) مع وجود المرض (**حضورُ مجلسِ الحاكم**[٤])، وكذا لا يُحسِن الدعوى، (**أو غائبا مسافةَ سفرٍ**) أي: مدة ثلاثة أيام فصاعدا، (**أو مريدًا للسفر**)، يعني: إذا قال: «أنا أريد السفر»: يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم؛ طالبا كان الموكل أو مطلوبا، فلا ترتدُّ برد الخصم؛ لأنه لو لم يلزم: يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه، لكن لا يصدق بمجرد قوله، بل يَنظر القاضي في حاله وعدة سفره، أو يسأل عن رُفقائه، (**أو**) يكون الموكِّل امرأة (**مُخدَّرةً غيرَ معتادةِ الخروجِ إلى مجلس الحاكم**)؛ سواء

---

(١) «الحاوي القدسي» للغزنوي (١١٢/١٢)، و«المحرر» لابن تيمية (١٣٢/٢)، و«الإشراف» لعلي بن نصر البغدادي (٦٠٩/٢).

(٢) «العناية» للبابرتي (٥٠٧/٧)، وقال الغزالي في «الوسيط» (٢٧٨/٣): إن التوكيل بالخصومة لإثبات الأموال والعقوبات للآدميين كحد القذف في القصاص جائز برضا الخصم ودون رضاه.

(٣) «الهداية» للمرغيناني (١٣٧/٣).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «الحكم».

وعندهما: لا يُشترَط رِضَى الخصم.

كانت بكرا أو ثيبا، وعليه الفتوى كما في «الحقائق»؛ لأنها لو حضرت: لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها، فلزم توكيلها.

ولو اختلفا في كونها مخدرة؛ إن كانت المرأة من بنات **الأشراف**: فالقول لها؛ بكرا كانت أو ثيبا؛ لأنه الظاهر من حالها، وإن كانت من **الأوساط**: فالقول لها أيضا لو كانت بكرا، وإن كانت من **الأسافل**: فلا؛ سواء كانت بكرا أو ثيبا؛ لأن الظاهر غير شاهد لها كما في «المنح»[١].

ومن الأعذار الحيضُ إذا كان الحكم في المسجد، والحبسُ إذا كان من غير القاضي ترافعوا إليه كما في «التبيين»[٢].

وفي «المنح»: وهو مقيد بما إذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير، وأما إذا رضي به: فلا يكون عذرا، وأما حيض الطالب: فهو عذر مطلقا، والنفاسُ كالحيض[٣]، انتهى.

وفيه كلام؛ فإنه يجوز للقاضي أن يخرج من المسجد ويسمع الخصومة، أو يرسل إليها ثانيا؛ ليرفع الخصومة كما قرَّرناه في كتاب القضاء، فلا وجه لعده من الأعذار، ويلزم منه أيضا أن تعد الجنابة والكفر من الأعذار مع أنهم لم يذكروهما منها، تأمَّلْ.

(**وعندهما**)، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[٤]: (**لا يُشترَط رِضَى الخصم**)، فيلزم بلا رضاه مطلقا؛ لأن التوكيل تصرفٌ في خالص حقه، فلا يتوقف على رضى غيره كالتوكيل بقضاء الديون.

وله: أن التوكيل قد يكون أشدَّ خصومة وآكدَ إنكارا، فيتضرر به خصمه، فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين، بخلاف الوكيل بالقبض؛ فإنه لا يختلف.

والمختار للفتوى: أن القاضي إن علم من الوكيل قصد الإضرار بخصمه: يَعمَل بقول **الإمام**، وإن علم من خصم الموكِّل التعنُّت في الإباء من قبول التوكيل: يَعمَل بقول صاحبه،

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٣٢/أ).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٥٥).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٣٢/أ).

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/١٦٣)، و«الكافي» للقرطبي (٢/٧٨٧)، و«الفروع» لابن المفرج (١١/٢٧١).

وحقوقُ عقدٍ يُضِيفه الوكيلُ إلى نفسه كبيعٍ وإجارةٍ وصلحٍ عن إقرارٍ: تَتعلَّق به إن لم يكن محجورًا. ....

وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي كما في «الدرر» وغيره[1].

(**وحقوقُ عقدٍ يُضِيفه الوكيلُ إلى نفسه كبيعٍ**)؛ فإنه يقول: «بعت هذا الشيء منك»، ولا يقول: «بعتُه منك من قِبَل فلان»، وكذا غيره، (**وإجارةٍ**) واستئجارٍ (**وصلحٍ عن إقرارٍ**) دون إنكار كما سيأتي: (**تَتعلَّق به**) أي: بالوكيل دون الموكِّل بلا فرق بين كون موكِّله حاضرا أو غائبا؛ لأنه أصل في العقد؛ لأنه يقوم بكلامه ونائبٌ عن الموكل في حق الحكم، فراعَيْنا جهة أصالته في تعلُّق الحقوق، حتى: لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل: فهو لغوٌ.

خلافا **للشافعي**؛ فإنه قال: تتعلق بالموكل؛ لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه، واعتبره بالرسول والوكيل بالنكاح[2][٩٣/ب].

(**إن لم يكن**) الوكيل صبيا أو عبدا (**محجورًا**): إشارة إلى أن العبد المأذون والصبي المأذون تتعلق بهما الحقوق، وتلزمهما العهدة مطلقا، وليس كذلك، بل فيه تفصيل؛ لِما في «شرح المجمع» نقلا عن «الذخيرة»: المأذون له:

* إن كان **وكيلا بالبيع**: تلزمه الحقوق؛ سواء باعه حالا أو مؤجلا.

* وإن كان **وكيلا بالشراء**؛

* **فإن كان بثمن حال**: لزمته أيضا؛ لأنه يملك ما اشتراه حكما، ولهذا يحبسه بالثمن؛ ليستوفيه من الموكل.

* وإن كان **بثمن مؤجل**: لا تلزمه الحقوق؛ لأنه لم يملك ما اشتراه؛ لا حقيقة ولا حكما، ولو لزمته العهدة: لكان ملتزما مالا في ذمته مستوجبا مثلَه على موكِّله، وهو في معنى الكفالة؛ فإنه لا يصح منه[3]، انتهى.

---

(١) «المبسوط» للسرخسي (٧/١٩)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٨٢)، و«الكافي» للنسفي (٢/١٣٢/أ).

(٢) مذهب الشافعي كمذهبنا، انظر إلى «التهذيب» للبغوي (٤/٢٢٢)، و«فتاوى ابن صلاح» (٢/٥٩٩)، و«روضة الطالبين» للنووي (٣/٤٣٣).

(٣) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص:٣٨٢ة)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٥٦)، و«المبسوط» للسرخسي (١٢/٢٠٣).

فيُسلِّم المبيعَ ويَتسلَّمه، ويَقبِض الثمن ويُطالَب به، ويُرجَع به عند الاستحقاق، ويُخاصِم في عيب مَشرِيّه ويرُدُّ به إن لم يُسلِّمه إلى مُوكِّله، وبعد تسليمه: لا إلا بإذنه، ويُخاصَم في عيبِ مَبيعِه وفي شُفعتِه إن كان في يده، وكذا شُفعةُ مَشرِيِّه.

ويَثبُت المِلك للموكِّل ابتداءً. فلا يَعتِق قريبُ وكيلٍ شَرَاه.

ثم أشار إلى تفصيل الحقوق، فقال:

(**فيُسلِّم**) الوكيل (**المبيعَ**) إلى المشتري في الوكالة بالبيع، (**ويَتسلَّمه**) أي: يَقبِض المبيع عن البائع في الوكالة بالشراء، (**ويَقبِض الثمن**) أي: ثمن مبيعه في البيع، (**ويُطالَب**) -بفتح اللام- (**به**) أي: بالثمن في الوكالة بالشراء فيما اشترى، (**ويُرجَع**) -على صيغة المبني للمفعول- (**به**) بالثمن (**عند الاستحقاق**) أي: استحقاق ما باع، (**ويُخاصِم**) -على صيغة المبني للفاعل- (**في عيب مَشرِيّه، ويرُدُّ**) إلى بائعه (**به**) أي: بالعيب؛ فإن ذلك كله من حقوق العقد، فتتعلق بالوكيل، (**إن لم يُسلِّمه إلى مُوكِّله، وبعد تسليمه: لا**) يَردُّه (**إلا بإذنه**) أي: بإذن الموكل، (**ويُخاصَم**) -على صيغة المبني للمفعول- (**في عيبِ مَبيعِه و**) يُخاصَم (**في شُفعتِه**) أي: في شفعة ما باع (**إن كان**) المبيع (**في يده**)، بخلاف ما إذا سلَّم المبيع إلى المشتري؛ فإن الوكيل لا يخاصم في الشفعة، (**وكذا شُفعةُ مَشرِيِّه**)، يعني: يخاصم الوكيل في شفعة ما اشترى بالوكالة ما دام في يده.

(**ويَثبُت المِلك**[1] **للموكِّل ابتداءً**) إذا اشترى الوكيل؛ لأن الموكل يخلف عن الوكيل في حق الملك كما أن الرق يتهب ويصطاد؛ إذ المولى يخلف عن العبد في ثبوت الملك إله ابتداءً، وهو الصحيح كما في «الهداية»[2].

وقيل: يثبت الملك للوكيل، فينتقل إلى الموكل بلا مهلة.

ثم فرَّعه بقوله:

(**فلا يَعتِق قريبُ وكيلٍ شَرَاه**)، ولا يَفسُد نكاح منكوحةٍ شَراها؛ لأن الملك يلزم الموكِّل، فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته؛ لعدم تقرر ملكه؛ لأن العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرُّرَ الملك كما في أكثر المعتبرات[3].

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «والملك يثبت».

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٣٨/٣).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢٨٣/٢).

وحقوقُ عقدٍ يُضِيفه الوكيل إلى مُوكِّله: تَتعلَّق بالمُوكِّل كنكاحٍ وخلعٍ وصلحٍ عن إنكار ودمِ عمدٍ وكتابةٍ وعتقٍ على مالٍ وهبةٍ وصدقةٍ وإعارةٍ وإيداعٍ ورهنٍ وإقراضٍ وشركةٍ ومضاربةٍ. ....

لكن لم يظهر في هذا التفريع أثر الخلاف؛ لأن القريب لا يعتق بالاتفاق، فالأَولى أن يُفرِّع عليه ما ظهر فيه أثر الخلاف، تدبَّرْ.

(**وحقوقُ عقدٍ يُضِيفه الوكيل إلى مُوكِّله**)، مراده: أنه لا يستغني عن الإضافة إلى موكله، حتى: لو أضافه إلى نفسه: لا يصح.

المراد من قريبه السابق: أنه يصح إضافته إلى نفسه، ويستغني عن إضافته إلى الموكل؛ لأنه شرطٌ، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراءَ إلى موكِّله: صح بالإجماع، فلفظ الإضافة واحد والمراد مختلف كما في «الإصلاح»[1].

(**تَتعلَّق بالمُوكِّل كنكاحٍ وخلعٍ**)؛ لأن الوكيل فيهما سفير؛ أي: حاكٍ حكاية غيره، فلا يلزم عليه شيء، حتى: لو أضاف النكاح إلى نفسه بأن قال: «تزوَّجتُها»: يقع للوكيل، (**وصلحٍ عن إنكار**)؛ لأنه فِداء يمينٍ للموكِّل، فلا بد من الإضافة إليه؛ لِما في «الإصلاح»: هذا الصلح لا يصح إضافته إلى الوكيل، بل لا بد من إضافته إلى الموكل، بخلاف الصلح عن اقرار؛ فإنه يصح إضافته إلى كل منهما، وقد عرفت اختلاف المراد من الإضافة في الموضعين، فافترق الصلحان في الإضافة[2]، انتهى.

فعلى هذا فقول صدر الشريعة: «وأما الصلح: فلا فرق فيه بين أن يكون عن إقرار أو إنكار في الإضافة» محل نظرٍ كما في «حاشية» ليعقوب باشا و«الدرر»[3]، تتبَّعْ.

(و[4]) صلحٍ عن (**دمِ عمدٍ**)؛ لأنه إسقاط محض، والوكيل أجنبي سفير، (**وكتابةٍ وعتقٍ على مالٍ وهبةٍ وصدقةٍ وإعارةٍ وإيداعٍ ورهنٍ وإقراضٍ**)، ولم يذكر الاستقراض؛ لِما مر: أنه لا يصح التوكيل به، وعليه الفتوى، (**وشركةٍ ومضاربةٍ**)؛ فإن الوكيل يضيف هذه العقود إلى

---

(١) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢٢٨).
(٢) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢٢٨).
(٣) «الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٢٨)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٨٤)، و«حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١٠٣/ب).
(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أو».

فلا يُطالَب وكيلُ الزوجِ بالمهر، ووكيلُ المرأةِ بتسليمِها، ولا ببدلِ الخلع.

وللمشتري منعُ الثمنِ عن المُوكِّل، فإن دَفَعَه إليه: صحَّ، ولا يُطالِبه الوكيلُ ثانيًا. وإن كان للمشتري على المُوكِّل دينٌ: وَقَعتِ المُقاصّة به، ....

موكِّله في عرف أهل المعاملة، فتتعلق حقوق العقود فيها إلى الموكِّل دون الوكيل.

ثم فرَّع على هذا الأصل بقوله[٩٤/أ]:

(**فلا يُطالَب**) -بفتح اللام- (**وكيلُ الزوجِ بالمهر**) من قِبَل الزوجة، (و) لا[١] **يُطالَب** من قِبَل الزوج (**وكيلُ المرأةِ بتسليمِها**) أي: تسليم المرأة إلى الزوج؛ إذ يلزم سقوط مالكيَّتها بعقد النكاح، والساقطُ يتلاشى مع أنها خُلِقت محلا للنكاح، فلا يخلو عن المالكيَّة لنفسها، (**ولا**) **يُطالَب** وكيل الخلع (**ببدلِ الخلع**)؛ لما مرَّ: أنه سفير فيه.

(**وللمشتري منعُ الثمنِ عن المُوكِّل**)، يعني: إذا وكَّل رجلا ببيع شيء، فباعه، ثم أن الموكِّل طلب من المشتري الثمن له منعه؛ لأن الموكِّل أجنبي عن العقد، والوكيل أصل في الحقوق، ولذا له أن يُوكِّل الآخر بهذه الحقوق وإن لم يكن له حق التوكيل.

والمراد من «الموكل»: موكل وكيلٍ ببيع ليس عبدا أو صبيًّا محجورين؛ لما مرَّ.

وفي «البحر»: ولو كان الموكل دفع الثمن إلى الوكيل، فاستهلكه وهو معسر: كان للبائع حبس المبيع، ولا مطالبة له على الموكل، فإن لم ينفذ الموكل الثمن إلى البائع: باع القاضي الجارية بالثمن إذا رضيَا، وإلا: فلا[٢].

(**فإن دَفَعَه**) أي: إن دفع المشتري الثمن (**إليه**) أي: إلى الموكل: (**صحَّ**) دفعه ولو مع نهي الوكيل؛ لأنه ملكه لا في الصرف، إلا إذا كان الموكل حاضرا عند عقد الصرف: فالعقد ينصرف إليه بحضوره، (**ولا يُطالِبه الوكيلُ ثانيًا**)؛ لأن نفس الثمن المقبوض حقُّ الموكل وقد وصل إليه، ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفعِ إليه.

وإنما ذكر قوله: «وللمشتري...» إلى هنا في هذا المحل مع أن المناسب أن يذكر من تفريعات القسم الأول؛ توطئة لما بعده.

(**وإن كان للمشتري على المُوكِّل دينٌ: وَقَعتِ المُقاصّة به**) أي: بثمن المبيع الذي باعه

---

(١) لفظة: «لا» من صلب المتن في نسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٥٣/٧).

وكذا إن كان له على الوكيل دينٌ خلافا لأبي يوسف، ويَضمَنه الوكيل للموكِّل. وإن كان دينُه عليهما: فالمُقاصَّة بدينِ المُوكِّل دون الوكيل.

باب الوكالة بالبيع والشراء: لا يصحُّ التوكيل بشراء شيءٍ يَشمَل أجناسا كالرقيق والثوب والدابة أو ما هو كالأجناس كالدار وإن بيِّن الثمن. ....

الوكيل للموكل بمجرد العقد؛ لوصول الحق إليه بطريق التقاصِ، وهذا حيلة للوصول إلى دينٍ لا يوصل إليه.

(**وكذا**) تقع المقاصَّة به (**إن كان له**) أي: للمشتري (**على الوكيل دينٌ**) عند **الطرفين**؛ لكونه يملك الإبراء عنه عندهما.

(**خلافا لأبي يوسف**)؛ لأن عنده لا يجوز الإبراء، ولا تقع المقاصَّة.

(**و**) لكنه (**يَضمَنه الوكيل للموكِّل**) في فصل المقاصة عندهما كما يضمنه في فصل الإبراء.

(**وإن كان دينُه**) أي: دين المشتري (**عليهما**) أي: على الموكل والوكيل: (**فالمُقاصَّة بدينِ المُوكِّل دون الوكيل**)؛ لأن المبيع ملك الموكل لا غير.

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

أَفرَدَهما بباب على حدة؛ لكثرة الاحتياج إليهما، وقدَّم الشراء؛ لأنه ينبئ عن إثبات الملك، والبيع ينبئ عن إزالته، والإزالة بعد الإثبات.

(**لا يصحُّ التوكيل بشراء شيءٍ يَشمَل أجناسا كالرقيق والثوب والدابة**)؛ للجهالة الفاحشة؛ فإن «**الدابة**»: اسم لما يَدبُّ على وجه الأرض لغة، وعرفا: للخيل والبغل والحمار، فقد جمع أجناسا، وكذا: «**الثوب**»؛ لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لا تصح تسميته مهرا، وكذا: «**الرقيق**»؛ لأنه شامل للذكر والأنثى المختلفين في بني آد،م وإذا اشترى الوكيل: وقع الشراء له كما في «النهاية»[1]، (**أو**) بشراء شيء يشمل (**ما هو كالأجناس كالدار وإن**) -وصلية- (**بيِّن الثمن**)؛ لأنه يتعذر الامتثال لأمر الموكل؛ لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس، ولا يَدري مراد الآمر؛ لتفاحش الجهالة.

والمراد هنا بـ«الجنس»: ما يشمل أصنافا، وبـ«النوع» الصنف، لا ما اصطلح عليه أهل

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/١٨٣/ب).

فإن سمَّى نوعَ الثوبِ كالهروي: جازَ. وكذا إن سمَّى نوعَ الدابَّةِ كالفرس والبغل، أو بيَّن ثمنَ الدارِ والمحلَّةِ، ....

المنطق (**فإن سمَّى نوعَ الثوبِ كالهروي**) -مثلا-: (**جازَ، وكذا إن سمَّى نوعَ الدابَّةِ كالفرس والبغل**): جاز؛ سواء سمى ثمنا أو لا بالإجماع.

(**أو بيَّن ثمنَ الدارِ والمحلَّةِ**)، يعني: إن وكَّل بشراء دار، وبيَّن ثمنها ومحلتها: جاز.

واختلفوا في هذا المحل:

* وقد جعل صاحب «الكنز» الدار كالعبد موافقا لقاضي خان، لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة[١].

* وجعلها صاحب «الهداية» كالثوب، فقال: وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس؛ لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجِيران والمَرافق والحِمال والبُلدان، فتعذَّر الامتثال، وإن سُمِّي ثمن الدار، ووُصِف جنس الدار والثوب: جاز معناه نوعه[٢]، انتهى.

وفي «الإصلاح»: والدار ملحقة بالجنس من وجه؛ لأنها مختلفة لقلة المرافق وكثرتها، فإن بيَّن الثمن: أُلحِقت بجهالة النوع، وإن لم يُبيِّن: أُلحِقت بجهالة الجنس، والمتأخرون قالوا: في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة؛ لأنها تختلف باختلافها[٣].

قال في «البحر»: وفي «المعراج»: أن ما في «الهداية» مخالف لرواية «المبسوط»، قال: والمتأخرون من مشايخنا قالوا: في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال[٤]، انتهى.

وبه يحصل التوفيق، فيحمل ما في «الهداية» على ما: إذا كانت تختلف في تلك الديار اختلافا فاحشا، وكلامُ غيره على ما: إذا كانت لا تتفاحش[٥]، انتهى.

والمصنف اختار قول المتأخرين في الدار، ولهذا عطف بـ«أو»، فقال: «أو بيَّن ثمن الدار والمحلة».

---

(١) «كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٨٣)، و«الخانية» لقاضي خان (٥٢١/٢).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٣٩/٣).

(٣) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢٢٩/٢).

(٤) «معراج الدراية» للكاكي (٢/٢٢٠/أ)، و«المبسوط» للسرخسي (٤٢/١٩).

(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٥٣/٧).

أو بيَّن جنسَ الرقيقِ كالعبد ونوعَه كالتُّركي، أو بيَّن ثمنًا يُعيِّن نوعًا أو عمَّم، فقال: «ابتَغِ لي ما رأيتَ».

والحاصل: أن جهالة الدار جهالةُ الجنس عند المتأخرين وجهالةُ النوع عند المتقدمين، فليحمل عبارة كل من «الكنز» و«الهداية» على كلٍّ من المذهبين، تتبَّعْ[٩٤/ب].

(**أو بيَّن جنسَ الرقيقِ كالعبد ونوعَه كالتُّركي**)، يعني: إذا وكّل بشراء عبدٍ تركيٍّ -مثلا-: يصح؛ لأن العبد معلوم الجنس من وجه، لكن من حيث منفعة الجمال كأنه أجناس مختلفة؛ فإن بيَّن نوعه كالتركي: يصح التوكيل.

(**أو بيَّن**[(١)] **ثمنًا يُعيِّن نوعًا**) أي: نوع العبد بالقلة والكثرة: يصح؛ لأن ذكر الثمن كذكر النوع في تقليل هذه الجهالة، وإن لم يُبيِّن شيئا منهما: لم يصح التوكيل، ويلحق بجهالة الجنس؛ لامتناع الامتثال.

لكن الأحسن: ترك الصفة، وهو قوله: «يُعيِّن نوعا»؛ لأن النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما في «الهداية»[(٢)].

وفيه إشارة إلى أنه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة والبقر: يصح وإن لم يذكر الثمن، وإلى أن جهالة وصف غير مانعة كما في «القهستاني»[(٣)].

وإطلاقه شامل لما إذا كان ذلك الثمن نوعا أو لا، وبه اندفع ما في «الجوهرة» حيث قال: «وهذا إذا لم يوجد لهذا الثمن من كل النوع، أما إذا وجد: فلا يجوز عند بعض المشايخ»[(٤)] كما في «المنح».

(**أو عمَّم، فقال:** «**ابتَغِ لي**) أي: اشترِ لي (**ما رأيتَ**)».

وفي «الفرائد»: وفي عطف قوله: «أو عمَّم» صعوبة؛ لأنه لا يناسب كونه معطوفا على قوله: «أو بيَّن جنس الرقيق»، ولا كونه معطوفا على قوله: «فإن سمي نوع الثوب: جاز»، وفصَّله، ثم قال: لو بيَّنه بطريق الاستثناء بأن يقول: «إلا أن يُعمِّم»: لكان أسلم وأظهر، ويدل على ما ذكرناه قول صاحب «الهداية»: «ومن وكَّل رجلا بشراء شيء: فلا بد من تسمية

---

(١) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «بيَّن».

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٣٩/٣).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (١٢٨/٢).

(٤) «الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٣٠١/١).

ولو وَكَّلَه بشراء الطعام: فهو على البُرِّ ودقيقِه، ....

جنسه وصفتِه أو جنسِه ومبلغ ثمنه؛ ليصير الفعل الموكل به معلوما، فيمكنه الائتمار إلا أن يوكله وكالة عامة، فيقول: «ابتع لي ما رأيت»؛ لأنه فوَّض الأمر إلى رأيه، فأيُّ شيء يشتريه: يكون ممتثلا»[1]، انتهى.

لكن يمكن أن يكون معطوفا على ما يفهم من الكلام السابق، وهو قوله: «فإن سمي...» إلى هنا؛ أي: إن خصَّص: جاز عند البيان، أو عمَّم: جاز وإن لم يبين، أو أن يكون «أو» بمعنى «إلا أنْ» كقولهم: «لألزمنك أو تعطيني حقي»؛ أي: «إلا أن تعطيني حقي».

(**ولو وَكَّلَه بشراء الطعام: فهو**[2]) يقع (**على البُرِّ ودقيقِه**)، يعني: دفع إلى آخَر دراهمَ، وقال: «اشترَ لي طعاما»: يشتري البر ودقيقه.

والقياس: أن يشتري كل مطعوم؛ اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الأكل؛ إذ «الطعام»: اسم لما يطعم.

وجه الاستحسان: أن الطعام إذا قُرِن بالبيع والشراء: يُحمَل على ما ذُكِر عرفا، ولا عرف للأكل، فيبقى على الوضع.

وفي «العناية»: هذا في عرف أهل الكوفة؛ فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى: «سوق الطعام»، وأما في عرف غيرهم: فينصرف إلى كل مطعوم[3]، وبه قالت **الأئمة الثلاثة**[4].

وقال بعض المشايخ: الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله، يعني: المعتاد للأكل كاللحم المطبوخ والمَشويِّ؛ أي: ما يمكن أكله من غير إدام دون الحنطة والخبز، وقال صدر الشهيد: وعليه الفتوى كما في «الذخيرة».

وإنما قلنا: «دفع إلى آخر»؛ لأنه لو أمر بلا دفع له: لا يصح التوكيل كما في «القهستاني».

وأطلقه، فشمل ما إذا كثرت الدراهم أو قلَّت.

---

(١) «الفرائد» للسواسي (٤٩٨/ب)، و«الهداية» للمرغيناني (١٣٨/٣).

(٢) في الأصل من صلب الشرح، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) «العناية» للبابرتي (٣٢/٨).

(٤) «الحاوي الكبير» للماوردي (٤٤٣/١٥)، و«المدونة» للإمام مالك (٥٩٩/١)، و«منتهى الإرادات» للبهوتي (٤٦٢/٣).

وقيل: على البرِّ في كثير الدراهم، وعلى الخبز: في قليلها، وعلى الدقيق: في وسطها، وفي متَّخِذ الوليمة: على الخبز بكل حالٍ.

وصحَّ التوكيل بشراء عينٍ بدينٍ له على الوكيل، وفي غير العين إن هَلَكَ في يد الوكيل: فعليه. وإن قَبَضَه المُوكِّل: فهو له، وقالا: هو لازمٌ للمُوكِّل أيضا، وهلاكُه عليه إذا قَبَضَه الوكيل. ....

(**وقيل**): يقع (**على البرِّ في كثير الدراهم**).

(**و**) يقع (**على الخبز: في قليلها، و**) يقع (**على الدقيق: في وسطها**).

قيل: القليل: مثل درهم إلى ثلاثة، والمتوسط: مثل أربعة إلى خمسة أو سبعة، فالسبعة على هذا لم يكن من الكثير كما في «القهستاني»[1].

(**وفي متَّخِذ الوليمة**) أي: طعام العرس -و«المتخذ»: بالفتح؛ اسم زمان- يقع: (**على الخبز بكل حالٍ**)؛ سواء كثرت الدراهم أو توسَّطت أو قلَّت؛ لأن مدار الأمر في الكل العرفُ.

(**وصحَّ التوكيل بشراء عينٍ**) أي: شيء معيَّن (**بدينٍ له**) أي: للموكل (**على الوكيل**)، يعني: لو قال رب الدين للمديون: «اشتَرِ لي هذا العبد -مثلا- بألف لي عليك»، فاشتراه: يكون ملكا للآمر، حتى: لو هلك في يد الوكيل: يهلك على مال الآمر لا على الوكيل؛ لأن في تعيين المبيع تعيينَ البائع، وفي تعيين البائع توكيلَه بقبض دينه من المديون أولا لأجله ثم يقبضه لنفسه، فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين.

وكذا لو أمر شخصٌ مديونه بالتصديق بما عليه: صحَّ كما لو أمر الآجر المستأجر بمرَمَّة ما استأجره مما عليه من الأجرة.

(**وفي غير العين**) أي: لو قال رب الدين للمديون: «اشتَرِ لي بالألف عليك عبدا» غير معين: فالتوكيل باطل، حتى: (**إن**) اشترى، و(**هَلَكَ في يد الوكيل: فعليه**) أي: على الوكيل؛ لأن الشراء نفذ عليه لا على الموكل.

(**وإن قَبَضَه المُوكِّل: فهو له**) أي: للموكل هذا عند **الإمام**.

(**وقالا: هو لازمٌ للمُوكِّل أيضا**) أي: كما هو لازم له في المعين؛ سواء قبضه الموكل أو لا، (**وهلاكُه**) أي: المبيع (**عليه**) أي: على الموكل (**إذا قَبَضَه الوكيل**)؛ لأن الدراهم والدنانير

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (١٢٨/٢).

وعلى هذا إذا أَمَرَه أن يُسلِّم ما عليه أو يَصرِفه.

ولو وَكَّلَ عبدا ليَشترِي نفسه له من سيِّده؛ ....

لا تتعيَّنان في المعاوضات؛ دينا كانت أو عينا، ألا ترى أنه لو تبايَعَا عينا بدين، ثم تصادَقَا أن لا دين: لا يبطل العقد، فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء، فيصح التوكيل، ويلزم الآمرَ؛ لأن يد الوكيل كيده[٩٥/أ].

وله: أنها تتعين في الوكالات، ألا ترى أنه لو قيَّد الوكالة بقبض العين منها أو الدين منها، ثم استهلك العين أو أسقط الدين عن المديون بالإبراء -مثلا-: تبطل الوكالة؛ لانعدام المحل لتصرف الوكيل، ولم يلزم عليه إعطاء مثل الدين؛ لأن الاستهلاك والإسقاط في حكم الأخذ والاستيفاء.

وهذا المعنى في الاستهلاك ظاهر، ولذا قيَّد صاحب «الهداية» بـ«الاستهلاك»[١]، وما في تعليل صاحب «النهاية»: بـ«أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك» مخالفٌ لما في شروح «الجامع الصغير» في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء: بطلت الوكالة، وتمامه في «العناية»[٢]، فليطالع.

وإذا تعيَّنت: كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكل بقبضه، وذلك لا يجوز؛ لأنه تمليك الوصف، وهو الوجوب في الذمة، والوصفُ عرض لا يقبل التمليك.

(وعلى هذا) الخلاف (إذا أَمَرَه) أي: أمر الموكِّلُ الوكيلَ (أن يُسلِّم ما عليه أو يَصرِفه)، يعني: لو قال: «أَسلِم ما لي عليك إلى فلان في كذا»: صح اتفاقا، ولو قال: «... إلى من شئت»: فعلى الخلاف، وكذا إذا أَمَره أن يصرف ما عليه.

والحاصل: أنه إن عيَّن المُسلَم إليه ومن يَعقد عقد الصرف: صح بالاتفاق.

وفي «العناية»: وإنما خصَّهما بالذكر؛ لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس[٣]، انتهى، لكن فيه تأمُّلٌ.

(ولو وَكَّلَ عبدا ليَشترِي نفسه) أي: نفس العبد المأمور (له) أي: للموكل (من سيِّده)

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٤٣).

(٢) «العناية» للبابرتي (٨/٦٠-٦١)، و«شرح الجامع الصغير» لقاضي خان (ص: ٤٩٢)، و«شرح الجامع الصغير» لصدر الشهيد (ص: ٤٨٩).

(٣) «العناية» للبابرتي (٨/٥٨).

فإن قال: «بِعْني لفلان»، فباعَ: فهو له، وإن لم يقُلْ: «لفلان»: عَتَقَ.

وإن وَكَّلَ العبدُ غيرَه ليَشترِيه من سيِّده؛ فإن قال الوكيلُ للسيد: «اشتَرَيتُه لنفسه»، فباعَ: عَتَقَ على السيِّد وولاؤه له، وإن لم يقُلْ: «لنفسه»: فهو للوكيل وعليه ثمنُه، وما أعطاه العبدُ لأجل الثمن: للمولى. ....

بأن قال: «فلان لعبد اشترَ لي نفسك من سيدك بألف -مثلا-»؛

(فإن قال) العبد المأمور لسيده: («بِعْني[1] لفلان) بألف»، (فباعَ) السيد: (فهو) أي: العبد (له) أي: للموكل؛ لأن العبد يصلح لأن يَشتريَ نفسه لنفسه، ويصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه؛ لكونه أجنبيا عن نفسه في حكم المالية، فإذا أضاف العقد إلى الآمر: صلُح شراؤه؛ للامتثال، فيقع للآمر.

(وإن لم يقُلْ) العبد («لفلان»: عَتَقَ) العبد؛ لأن المطلق يحتمل الوجهين؛ أحدهما: هو الامتثال للآمر، والآخر: هو التصرف لنفسه، فلا يقع امتثالا بالشك، فبقي التصرف واقعا لنفسه.

ثم إذا كان الشراء للآمر: فلا بد من قبول العبد بعد قول المولى: «بعتُ»، وإن وقع للعبد: يُكتفَى بقول المولى: «بعتُ» بعد قوله: «بِعْني نفسي»؛ لأن الواحد يتوَلَّى طرفَيِ العقد في العتق لا في البيع، والثمنُ على العبد فيهما لا على الآمر.

(وإن وَكَّلَ العبدُ غيرَه ليَشترِيه من سيِّده)؛

(فإن قال الوكيلُ للسيد: «اشتَرَيتُه) أي: ذلك العبد (لنفسه»، فباعَ) السيد على هذا الحكم: (عَتَقَ) العبد (على السيِّد، وولاؤه) أي: ولاء العبد (له) أي: للسيد؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق، وشراءُ العبد نفسَه قبول الإعتاق ببدل، والمأمور سفير عنه؛ إذ لا ترجع إليه الحقوق، فصار كأنه اشترى بنفسه، والولاء للمولى.

(وإن لم يقُلْ: «لنفسه») عند اشترائه: (فهو) أي: العبد (للوكيل)؛ لكون قوله مطلقا، فيقع التصرف لنفسه، (وعليه) أي: على المشتري (ثمنُه) أي: ثمن العبد؛ لكونه عاقدا، (وما أعطاه العبدُ) للوكيل (لأجل الثمن: للمولى)؛ لأنه كسب عبده.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «نفسي».

وإذا قال الوكيلُ لمن وَكَّلَه بشراء عبد: «اشتَرَيتُ لك عبدا»، فمات، وقال المُوكِّل: «اشتريتَه لنفسِك»: فالقولُ للمُوكِّل إن لم يكن دَفَعَ الثمنَ، وإلا: فللوكيل.

(**وإذا قال الوكيلُ لمن وَكَّلَه [بشراء]**[1] عبد: «**اشتَرَيتُ لك عبدا، فمات**) أي: العبد عندي»، (**وقال المُوكِّل**): «لا، بل (**اشتريتَه لنفسِك**»: **فالقولُ للمُوكِّل إن لم يكن**) أي: إن لم يوجد (**دَفَعَ الثمنَ**) إلى الوكيل؛ لأنه يدعي الثمن على الموكل وهو ينكره، فالقول للمنكر، (**وإلا**) أي: وإن وجد دفع الثمن: (**فللوكيل**) أي: فالقول للوكيل؛ لأنه أمين، فالقول للأمين مع اليمين[٩٥/ب].

وقد أجمل المصنف في هذه المسألة، فلا بد من التفصيل؛ لأنه قال صاحب «المنح» وغيره: إن العبد:

* إن كان **معيَّنا**:

* وهو **حي**: فالقول للمأمور أنه اشتراه لموكله لا لنفسه **إجماعا**؛ سواء كان الثمن منقودا أو لا؛ لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه، والمخبر به في التحقق والثبوت يستغنى عن الإشهاد، فيصدق.

* وإن كان **ميتا**، والحال:

* **أن الثمن منقود**: فكذلك الحكم؛ لأن الثمن كان أمانة في يده، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذي أمَر به، فكان القول له.

* **وإن لم يكن الثمن منقودا**: فالقول للموكل؛ لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه؛ لأن الميت ليس محلا لإنشاء العقد به، وغرضه الرجوع بالثمن، والآمر منكر، فالقول له.

* وإن كان **غير معين** وهو حي، فقال المأمور: «اشتريته لك»، وقال الآمر: «بل اشتريته لنفسك»: فالقول للمأمور إن **كان الثمن منقودا**؛ لأنه يخبر عما يملك استئنافه، **وإن لم يكن الثمن منقودا**: فالقول للآمر عند **الإمام**، وعندهما: القول للمأمور؛ لأنه أخبر عما يملك استئنافه، فصحَّ كما في المعين.

وله: أنه موضع تهمةٍ بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة: ألزَمَها الآمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا؛ لأنه أمين، فيقبل قوله كما في «المنح» وغيره[2].

---

(١) ليست في الأصل، ولفظه: «عبدا»، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٣٦/أ)، و«العناية» للبابرتي (٨/٥٢).

وللوكيل طلبُ الثمنِ من المُوكِّل وإن لم يَدفَعه إلى البائع، وحبسُ المَشريِّ لأجلِه، فإن هَلَكَ قبلَ حبسِه: هَلَكَ على الآمِر ولا يَسقُط ثمنُه، وإن بعْدَ حبسِه: سَقَطَ،............

فعلى هذا عبارة المصنف قاصرة، فالأولى أن يُفصِّل، تدبَّرْ.

(**وللوكيل**) بالشراء (**طلبُ الثمنِ من المُوكِّل**) إذا اشترى وقبض المبيع (**وإن**) -وصلية- (**لم يَدفَعه**) أي: الثمن (**إلى البائع**)؛ إذ يجري بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية، ولهذا لو اختلفا في الثمن: يتحالفان، ويرد الموكل على الوكيل بالعيب، فيصير الوكيل بائعا من موكله حكما، فيطلب الثمن من موكله؛ سواء دفعه إلى بائعه أو لا.

(**وحبسُ المَشريِّ لأجلِه**) أي: للوكيل بالشراء حبسُ ما اشتراه من موكله لأن يقبض ثمن المبيع وإن لم يدفع الثمن إلى بائعه؛ لما عُلِم أن المبادلة الحكمية تجري بينهما.

وقال **زفر**: ليس له الحبس؛ لأن الموكل صار قابضا بيده، فحق الحبس يسقط.

وفي «التنوير»: ولو اشتراه الوكيل بنقدٍ ثم أجَّله البائع: كان للوكيل المطالبة حالا[١].

(**فإن هَلَكَ قبلَ حبسِه: هَلَكَ على الآمِر**) أي: إن هلك المشريُّ في يد الوكيل قبل أن يحبسه من موكله: يهلك على مال الموكل لا الوكيل، (**ولا يَسقُط ثمنُه**) أي: ثمن المبيع عن الموكل، فيرجع الوكيل عليه؛ لأن يده كيد الموكل، فإذا لم يحبس: يصير الموكل قابضا بيده.

(**وإن**) هلك المشريُّ في يد الوكيل (**بعْدَ حبسِه**[٢]) أي: حبس الوكيل إياه: (**سَقَطَ**) الثمن عند **الطرفين**؛ لأنه بمنزلة البائع منه، وكان حبسه لاستيفاء الثمن، فيسقط بهلاكه.

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٧).

(٢) وفي «الإصلاح» (٢/٢٣٢): وبعد حبسه كان مضمونا ضمان الرهن عند **أبي يوسف**، وضمان المبيع عند **محمد**، وهو قول **الإمام**، وضمان الغصب عند **زفر**؛
* فإن كان الثمن مساويا للقيمة: **فلا اختلاف**.
* وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر: فعند **زفر**: يضمن خمسة عشر، لكن يرجع الموكل إلى الوكيل بخمسة، وعند **الباقين**: يضمن عشرة.
* وإن كان بالعكس: فعند زفر: يضمن عشرة، فيطالب الخمسة من الموكل، وكذا عند **أبي يوسف**؛ لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته ومن الدين، وعند **محمد**: يكون مضمونا بالثمن، وهو خمسة عشر. (**داماد، منه**).

وعند أبي يوسف: هو كالرهن.

وليس للوكيل بشراءِ معيَّنٍ شراؤُه لنفسه. فإن شَرَاه بخلاف جنسِ ما سُمِّيَ من الثمن أو بغير النقود: وَقَعَ له...

(**وعند أبي يوسف: هو كالرهن**)؛ لأنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن، وهو رهن بعينه، بخلاف المبيع؛ لأن البيع ينفسخ بهلاكه، وهنا لا ينفسخ أصل العقد.

قلنا: ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به.

والحاصل: أن **عندهما**: يسقط الثمن بهلاكه، وعند **أبي يوسف**: يهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن، حتى: لو كان الثمن أكثر من قيمته: رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله، وعند **زفر**: يضمن جميع قيمته.

(**وليس للوكيل بشراءِ معيَّنٍ شراؤُه لنفسه**) ولا لموكل آخر؛ لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر من حيث إنه اعتمد؛ ولأن فيه عزل نفسه، ولا يملكه إلا بمحضر من الموكل كما في «الهداية»[1].

والتعليل الأول يفيد «عدم الجواز» بمعنى: «عدم الحل» كما في «البحر»[2].

وفسَّره الزيلعي: بأنه لا يتصور شراؤه لنفسه، وهو مناسب للتعليل الثاني[3].

ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا أو متلفظا: وقع للموكل، إلا إذا باشر على وجه المخالفة: فإنه وقع للوكيل، وعن هذا قال:

(**فإن شَرَاه بخلاف جنسِ ما سُمِّيَ**) من الموكل له (**من الثمن أو بغير النقود**) بأن شراه بالعروض أو بالحيوان: (**وَقَعَ**) الشراء (**له**) أي: للوكيل؛ لأنه خالف أمره، فنفذ عليه.

وظاهر قوله: «بخلاف الجنس» يقتضي أن لا يكون مخالفا بما إذا سمَّى له ثمنا، فزاد عليه أو نقص عنه، لكن ظاهر ما في «الكافي» للحاكم أنه يكون مخالفا فيما إذا زاد، لا فيما إذا نقص عنه؛ لأنه قال: «وإن سمَّى ثمنا، فزاد عليه شيئًا: لم يلزم الآمر»، وكذلك إن نقص من ذلك الثمن إلا أن يكون وصَف له بصفة، وسمَّى له ثمنا، فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن: فيجوز على الآمر[٩٦/أ].

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٤١).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٥٨).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٦٣).

وكذا إن أَمَرَ غيرَه فشَرَاه بغيبتِه، وإن شَرَاه بحضرتِه: فللمُوكِّل. وفي غير المُعيَّن: هو للوكيل إلا إن أضافَ العقد إلى مالِ المُوكِّلِ أو أَطلَقَ ونَوَى له.

(**وكذا**) يقع الشراء للوكيل (**إن أَمَرَ**) الوكيل (**غيرَه، فشَرَاه**) الغير؛ أي: الوكيل الثاني (**بغيبتِه**) أي: بغيبة الوكيل الأول؛ لمخالفة أمر الآمر؛ لأنه مأمور بأن يحضر رأيه، ولم يتحقق ذلك في حال غيبته، (**وإن شَرَاه**[1]) أي: الوكيل الثاني (**بحضرتِه**) أي: بحضرة الوكيل الأول: (**فللمُوكِّل**) أي: يقع شراؤه للموكل؛ لأنه يحضر رأيه حينئذ، فلا يكون مخالفا، بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق إذا وكَّل غيره، فطلَّق الثاني أو أعتق بحضرة الأول: حيث لا ينفذ وإن حضر رأيه.

(**وفي غير المُعيَّن هو**) أي: الشراء (**للوكيل**)، يعني: لو اشترى الوكيل بشراء شيء غير معين شيئا: يكون الشراء للوكيل؛ إذ الأصل أن يعمل لنفسه، (**إلا إن أضافَ العقد إلى مالِ المُوكِّل**) بأن قال: «اشتريت بهذا الألف» وهو مال الآمر، (**أو أَطلَقَ**) العقد بأن قال: «اشتريت» فقط، (**ونَوَى**) الشراء (**له**) أي: للموكل: فيكون للموكل في الصورتين.

وفي «الهداية»: هذه المسألة على وجوه:

* إن أضاف العقد إلى **دراهم الآمر**: كان للآمر، وهو المراد عندي بقوله: «أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله»؛ لأن فيه -أي: في النقد- تفصيلا وخلافا، وهذا **بالإجماع**، وهو -أي: الجواب- مطلق لا تفصيل فيه.

* وإن أضافه إلى **دراهم نفسه**: كان لنفسه؛ حملاً لحال الوكيل على ما يحل له شرعا، أو يفعله عادة؛ إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكرٌ شرعا وعرفا.

* وإن أضافه إلى **دراهم مطلقة**:

* فإن نواها للآمر: فهو للآمر.

* وإن نواها لنفسه: فلنفسه، ويعمل للآمر في هذا التوكيل.

* وإن تكاذَبَا في النية: يُحكَّم النقد **بالإجماع**؛ لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا.

* وإن توافَقَا على أنه لم تحضره النية:

---

(١) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «شراه».

ويُعتبَر في السلَم والصرف مفارقةُ الوكيل لا المُوكِّل.

ولو قال: «بِعْني هذا لزيدٍ»، فباعَ، ثم أَنكَرَ كونَ زيدٍ أَمَرَه: فلزيدٍ أخذُه إن لم يُصدِّق إنكاره، فإن صَدَّقَه: لا يَأخُذ جبرًا، فإن سَلَّمَه المشتري إليه: صحَّ.

---

* قال محمد: هو للعاقد؛ لأن الأصل: أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثَبَتَ جعله لغيره، ولم يثبت.

* وعند أبي يوسف: يحكم النقد؛ لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين، فيبقى موقوفا، فمِن أيِّ المالين نقَد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه؛ ولأن مع تصادقهما تحتمل النية للآمر.

وفيما قلناه حملُ حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب، والتوكيلُ بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه[1]، انتهى.

(**ويُعتبَر في السلَم والصرف مفارقةُ الوكيل لا المُوكِّل**)، فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض؛ لوجود الافتراق من غير قبض، ولا يبطل بمفارقة الموكل؛ إذ القبض للعاقد وهو ليس بعاقد.

وما قيل من أنه: «إذا حضر الموكل مجلس العقد: لا يعتبر مفارقة الوكيل»[2] ضعيف؛ لكون الوكيل أصلا في الحقوق في البيع مطلقا كما في «البحر»[3].

قيَّد بـ«الوكيل»؛ لأن الرسول فيهما لا يعتبر مفارقته؛ لأن الرسالة في العقد لا في القبض، وينتقل كلامه إلى المرسِل، فصار قبضُ الرسول قبضَ غير العاقد، فلم يصح.

(**ولو قال**) الوكيل بالشراء: («**بِعْني هذا لزيدٍ**») أي: لأجله، (**فباعَ، ثم أَنكَرَ**) المشتري (**كونَ زيدٍ أَمَرَه**) بعد إقراره بقوله: «لزيد»: (**فلزيدٍ أخذُه**) أي: أخذ المبيع جبرا (**إن لم يُصدِّق إنكاره**) أي: المشتري؛ لأن قول الوكيل: «بعني هذا لزيد» إقرار منه بالوكالة، فلا يلتفت إلى إنكاره للتناقض، (**فإن صَدَّقَه**) أي: زيدٌ إنكاره بأن قال: «لم آمره بالشراء»: (**لا يَأخُذ**[4]) زيد (**جبرًا**)؛ لأن إقرار المشتري ارتدَّ برده، (**فإن سَلَّمَه المشتري إليه**) أي: إلى زيد: (**صحَّ**)؛ لأن

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٤١/٣).

(٢) قائله: صاحب «النهاية». (**داماد، منه**).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٥٧/٧).

(٤) في ر، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يأخذه».

ومن وُكِّلَ بشراءِ رِطلٍ لحمٍ بدرهم، فشَرَى رِطلَيْن بدرهمٍ مما يُباع رطلٌ بدرهمٍ: لَزِمَ مُوكِّلَه رطلٌ بنصفِ درهمٍ. وعندهما: يَلزَمه الرِّطلان بالدرهم.

ولو وُكِّلَ بشراء عبدَيْن بعينِهما، فشَرَى أحدَهما: جازَ. ....

البيع يوجد بينهما حكما؛ لأن الوكيل -ولو فضوليا- كالبائع والموكلَ كالمشتري، فصار بيعا بالتعاطي[٩٦/ب].

(**ومن وُكِّلَ بشراءِ رِطلٍ لحمٍ بدرهم، فشَرَى رِطلَيْن بدرهمٍ مما**) أي: من اللحم الذي (**يُباع رطلٌ بدرهمٍ: لَزِمَ**) في هذا البيع (**مُوكِّلَه**) من اللحم (**رطلٌ بنصفِ درهمٍ**) عند **الإمام**.

قيِّد بـ«مما يباع رطل بدرهم»؛ لأنه لو اشترى لحما لا يباع رطلٌ بدرهم بل أقلّ: يكون الشراء واقعا للوكيل **بالإجماع**.

(**وعندهما**)، وهو قول **الأئمة الثلاثة**: (**يَلزَمه**) أي: الموكلَ (**الرِّطلان بالدرهم**)؛ لأنه أمَره بصرف الدرهم في اللحم، وفعَل المأمور وزاده خيرا، فصار كما إذا وكَّله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين.

وله: أنه مأمور بشراء رطل مقدَّر، وليس بمأمور بشراء الزيادة، فنفَذ شراء رطل عليه وشراء رطل على الموكل، بخلاف ما استشهدَا به؛ لأن الزيادة هناك بدل مِلك الموكل، فتكون له.

قيل: إن **محمدا** هنا مع **الإمام** في قولٍ.

قيِّد بـ«الموزونات»؛ لأن في القيَميّات لا ينفذ شيء على الموكل **إجماعا** كما في البحر[١].

وفي «البزازية»: أَمَره بأن يشتري بعشرة دنانير، فاشتراه بمائتي درهمٍ وقيمةُ الدراهم مثل الدنانير: لزم الموكل، خلافا **لمحمد وزفر**، ولو بعرضٍ قيمتُها مثل الدراهم: لا يلزم الآمر **إجماعا**[٢].

(**ولو وُكِّلَ بشراء عبدَيْن بعينِهما**) بلا ذكر ثمنهما، (**فشَرَى**) المأمور للآمر (**أحدَهما**) أي: أحد العبدين بقيمته أو بنقصان: (**جازَ**) عن الآمر **بالإجماع**؛ لأن التوكيل مطلق، فيجري على

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٥٨/٧).

(٢) «الفتاوى البزازية» (١٦٦/٢).

وكذا إن وُكِّلَ بشرائهما بالألف؛ قيمتُهما سواء، فشَرَى أحدَهما بنصفه أو أقلَّ، وإن بأكثرَ: لا. وقالا: يجوز أيضا إن كان بما يتغابَن فيه، وقد بَقِيَ ما يَشترِي بمثله الآخَر. فإن شَرَى الآخَرَ بما بَقِيَ قبْلَ الخصومةِ: جازَ اتفاقا.

فإن قال الوكيل بشراء عبدٍ غيرِ عينٍ بألف: «شرَيتُه بالألف»، وقال المُوكِّل: «بنصفه»؛ فإن كان قد دَفَعَ إليه الألفَ: صُدِّقَ الوكيل إن ساوَى ....

إطلاقه، وقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء إلا فيما لا يتغابن الناس فيه، وهو الغبن الفاحش؛ لأن التوكيل بالشراء بالمتعارَف، والمتعارَفُ فيما يتغابن فيه الناس، فلهذا قلنا بقيمته أو بنقصان.

(وكذا إن وُكِّلَ بشرائهما) أي: بشراء عبدين بعينهما (بالألف قيمتُهما[1] سواء، فشَرَى) المأمور (أحدَهما) أي: أحد العبدين (بنصفه) أي: بنصف الألف (أو أقلَّ[2]) من نصف الألف: جاز؛ لأنه قابَل الألف بهما وقيمتهما سواء، فينقسم بينهما نصفين دلالة، فكان أمرًا بشراء كلِّ واحدٍ بخمسمائة، ثم الشراء بها موافقةٌ وبأقل منها مخالفةٌ إلى خير، فوقع عن الآمر.

(وإن) شرى (بأكثرَ) من نصف الألف: (لا) يجوز؛ أي: لا يقع عن الآمر بل عن المأمور؛ لأنه مخالفة إلى شرٍّ قلَّت الزيادة أو كثرت، وهذا عند الإمام.

(وقالا: يجوز) الشراء بأكثر (أيضا) كما يجوز بنصفه أو أقل (إن كان) شراؤه (بما يتغابَن) الناس (فيه، وقد بَقِيَ ما يَشترِي بمثله الآخَر)؛ لأن التوكيل مطلق، فيحمل على المتعارف كما بيَّنَّاه، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يُشترَى بمثلها الباقي؛ ليُمكِنه تحصيل غرض الآمر.

(فإن شَرَى) الوكيلُ العبدَ (الآخَرَ بما بَقِيَ) من الثمن (قبْلَ) وقوع (الخصومةِ) بينهما: (جازَ اتفاقا)؛ لحصول المقصود، وهو: شراء العبدين بالألف.

(فإن قال الوكيل بشراء عبدٍ غيرِ عينٍ) أي: غير معيَّنٍ (بألف) درهمٍ: («شرَيتُه) أي: العبد (بالألف»، وقال المُوكِّل): «بل شريتَ (بنصفه») أي: بنصف الألف، وهو: خمسمائة، وليس لهما برهان؛

(فإن كان قد دَفَعَ) الموكل (إليه) أي: إلى الوكيل (الألفَ: صُدِّقَ الوكيل إن ساوَى)

---

(١) في ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «بألف وقيمتهما».

(٢) في ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «بأقل».

الألف، وإن لم يكن دَفَعَها؛ فإن ساوى نِصفَها: صُدِّقَ المُوكِّل، وإن ساوَاها: تَحالَفَا، والعبدُ للمأمور. وكذا في معيَّنٍ لم يُسمِّ له ثمنًا، فشَرَاه، واختَلفَا في ثمنه. ولا عبرةَ لتصديق البائع في الأظهَر.

قيمةُ العبد (**الألفَ**)؛ لأنه أمين وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والموكلُ يدعي ضمان نصف ما دفَع إليه وهو منكر، وإن لم يساوَ قيمة العبد الألف بل يساوي نصفه: **صُدِّق** الموكل بلا حلف؛ لأنه أمَره بشراء عبدٍ بألف، والمأمورُ اشترى بغبن فاحش، والأمر يتناول ما يساويه، فيضمن المأمور خمسمائة.

(**وإن لم يكن دَفَعَها**) أي: دفَع الموكل الألف إلى الوكيل وباقي المسألة بحالها؛ (**فإن ساوَى**) قيمة العبد (**نِصفَها**) أي: نصف الألف: (**صُدِّقَ المُوكِّل**) بلا يمين؛ لأن المأمور خالف الأمر، (**وإن ساوَاها**) أي: إن ساوى قيمة الألف: (**تَحالَفَا**)؛ لأن الموكل هنا كالبائع والوكيلَ كالمشتري، وقد وقع الاختلاف في الثمن، فيجب التحالف، ويفسخ العقد، (**والعبدُ للمأمور**) في الصورتين.

(**وكذا في معيَّنٍ لم يُسمِّ له ثمنًا، فشَرَاه، واختَلفَا في ثمنه**[١/٩٧])، يعني: إذا قال له: «اشترِ هذا العبد لي»، ولم يُسمِّ ثمنا، فاشتراه المأمور، ثم اختلفَا في ثمنه، فقال المأمور: «اشتريتُه بألف»، وقال الآمر: «بل بخمسمائة»، وليس لهما برهان: يلزم التحالف كما في المسألة الأولى، فإن نكَلاَ: فللوكيل، وإن نكَل أحدهما: فلمن نكل.

(**ولا عبرةَ لتصديق البائع**) المأمور (**في الأظهَر**).

قيل: لأن البائع إن استوفى الثمن: فهو أجنبي عنهما، وإن لم يستوفِ: فهو أجنبي عن الآمر، فلا مدخل له، وهذا قول الإمام أبي منصور.

وفي «الهداية»: وهو أظهر[١]، وفي «الكافي»: هو الصحيح[٢].

وقيل: لا تحالُف هنا؛ لارتفاع الخلاف بتصديق البائع؛ إذ هو حاضر، فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد، وفي المسألة الأولى هو غائب، فاعتُبِر الاختلاف، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث، وقال قاضي خان: وهو الأصح.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٤٤).

(٢) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٣٧/أ).

فصل: لا يصحُّ عَقدُ الوكيل بالبيع أو الشراء مع من تُرَدُّ شهادته له. وقالا: يجوز بمثل القيمة إلا في العبد والمكاتب.

وفي «التنوير»: ولو اختلفَا في مقدار الثمن الذي عيَّنه له، فقال الآمر: «أمرتك بشرائه بمائة»، وقال المأمور: «بألف»: فالقول للآمر مع يمينه، والعبد للمأمور، فإن برهَنَا: قُدِّم برهان المأمور.

ولو أمَره بشراء أخيه، فاشترى الوكيل، فقال الآمر: «ليس هذا بأخي»: فالقول للآمر مع يمينه، ويكون الوكيل مشتريًا لنفسه[1].

وعتَق العبدُ على الوكيل لزعم: أنه أخو الموكل، وعتق على موكله: فيؤاخذ بذلك كما في «البحر»[2].

(فصل)

في بيان أحكام من يجوز للوكيل أن يعقد معه ومن لا يجوز

(**لا يصحُّ عَقدُ الوكيل بالبيع أو الشراء**[3] **مع من تُرَدُّ شهادته له**) كأصلِه وفرعِه وزوجِه وزوجتِه وسيِّدِه وعبدِه ومكاتَبِه وشريكِه فيما يشتركانه عند **الإمام**.

(**وقالا: يجوز**) العقد (**بمثل القيمة إلا في العبد والمكاتب**)؛ لأن التوكيل مطلق ولا تهمة؛ إذ الأملاكُ متباينة والمنافعُ منقطعة، بخلاف العبد الذي لا دَين عليه؛ لأنه بِيع من نفسه؛ لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حقٌّ في كسب المُكاتَب، وينقلب حقيقة بالعجز.

وله: أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة؛ لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة، فصار بيعا من نفسه من وجه.

ودخل في البيع: الإجارة والصرف والسلم، فهو على هذا الخلاف، إلا إذا أطلق الموكل بأن قال له: «بِعْ ممن شئت»: فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة **بلا خلاف** كما في «المنح»[4].

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٨).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٦٥).

(٣) في الأصل، ح، م: «والشراء»، والمثبت من ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٣٧/ب).

والوكيلُ بالبيع يجوز بيعُه بما قَلَّ أو كَثُرَ، وبالعرض. وقالا: لا يجوز إلا بمثل القيمة، وبالنقود.

ويجوز بيعُه بالنسيئة، ....

وفي «النهاية»: وإن كان بأقل منها بغبن فاحش: لا يجوز بالإجماع، وإن كان البيع بغبن يسير: لا يجوز عند **الإمام**، ويجوز عندهما، وإن كان بمثل القيمة: فعن **الإمام** روايتان[1].

[الوكيل بالبيع]

(**والوكيلُ بالبيع يجوز بيعُه**) من غير هؤلاء (**بما قَلَّ**) من الثمن ولو غبنا فاحشا؛ لأن البيع بالغبن الفاحش معتاد عند الاحتياج إلى النقد وبالكثير من القيمة، (**أو كَثُرَ**)، وإنما ذكره؛ ليتناول كلَّ بدل؛ فإن القلة أمر إضافي، فلم يكن ذكره استطراديا كما قيل.

(و) كذا يجوز بيعه (**بالعرض**)؛ سواء قلَّ أو كثُر من القيمة عند **الإمام**؛ لأنه بيع مطلق وقد وجد به خاليا عن التهمة، فيجوز.

(**وقالا: لا يجوز**) بيعه (**إلا بمثل القيمة، وبالنقود**) أي: لا يجوز بيعه من غير هؤلاء بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لا بالعرض عندهما؛ لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتتقيَّد بمواقع الحاجة، والمتعارفُ البيعُ بثمن المثل وبالنقود، ولهذا يتقيَّد التوكيل بشراء الفَحْم والجَمَد والأُضحِيَّة بزمان الحاجة، ولأن البيع بغبن فاحش بيعٌ من وجه هبةٌ من وجه، ولذا لو صدر من المريض: يُعتبَر من الثلث، وكذلك المقايضة، فلا يتناوله مطلق اسم البيع[2].

قال أبو المكارم: وبيع المضارِب والمفاوِض وشريك العنان بغبن فاحش على هذا الخلاف، أما بيع الولي كالأب والجد والوصي والقاضي: لا يصح بالأقل إلا بما يتغابن فيه **بالاتفاق** كما في «العمادية»[٩٧/ب].

(**ويجوز بيعُه بالنسيئة**) إن كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند **الإمام** وإن كان الأجل غير متعارف؛ لِما مرَّ: أنه بيعٌ مطلقٌ خاليا عن التهمة، فيجوز.

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/١٩٠/أ).

(٢) أي: هي بيعٌ من وجه شراءٌ من وجه؛ لأنه من حيث إن فيه إخراج السلعة من الملك بيعٌ، ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة في الملك شراءٌ، فلا يتناوله مطلق اسم البيع؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل. انظر «الهداية» للمرغيناني (٣/١٤٥)، و«العناية» للبابرتي (٨/٧٨).

وبيعُ نصفِ ما وُكِّلَ ببيعه، وأخذُه بالثمن؛ كفيلًا أو رهنًا، ....

وعندهما: لا يجوز إلا بالأجل المتعارف؛ لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف.

وعند **الأئمة الثلاثة:** يجوز بثمن المثل وبنقد البلد حال،ا فإن كانت النقود مختلفة: يعتبر الأغلب[1].

وإنما قيَّدنا: «للتجارة»؛ لأنه لو لم يكن لها بل كان لحاجة: لا يجوز؛ كالمرأة إذا دفعت غزلا إلى رجل ليَبِيعه لها: يتعين النقد.

وفي «المنح»: وبه يفتى، وهو مذكور في «الخلاصة» وكثير من المعتبرات؛ لأن الموكل قال: «بعه؛ فإني محتاج إلى ثمنه»، وهو لو صرَّح بذلك: لم يجز بيعه نسيئةً كما في «النتف»، وينبغي أن يكون الحكم كذلك في كل موضع قامت الدلالة على الحاجة[2]، انتهى.

وفي «البحر»: لو قال: «بعه إلى أجل»، فباعه بالنقد: قال السرخسي: الأصح: أنه لا يجوز بالإجماع[3].

(و) يجوز (**بيعُ نصفِ ما وُكِّلَ ببيعه**) كالعبد والفرس عند **الإمام**؛ لأن اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق، فيعمل بإطلاقه.

وعندهما والأئمة الثلاثة: لا يجوز[4]؛ لِما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصِمَا؛ لاندفاع الضرر قبل نقض العقد الأول.

وبهذا ظهر: أن الخلاف في الذي يتضرر بالتفريق والتقسيم، وإلا: يجوز كالبر والشعير؛ إذ ليس في تفريقه ضرر أصلا كما في «الإصلاح»[5]، ولذا قلنا: «كالعبد والفرس».

(و) يجوز (**أخذُه**) أي: أخذ الوكيل بالبيع بالثمن (**بالثمن؛ كفيلًا أو رهنًا**)؛ للاستيثاق:

---

(١) «البيان» للعمراني (٦/٤٣٣)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (٤/٨٧)، و«المبدع» لابن المفلح (٤/٣٣٧).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٣٨/أ)، و«البناية» للعيني (٩/٢٦٨)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٨٨)، و«فتاوى النتف» للسغدي (١/٤٣٩).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٦٧)، و«المبسوط» للسرخسي (١٩/٥٦).

(٤) «بحر المذهب» للروياني (٦/٧١)، و«المغني» لابن قدامة (٥/١٠٠).

(٥) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢٣٥).

فلا يَضمَن إن تَوَى ما على الكفيل أو ضاعَ الرهن في يده.

ولو وَهَبَ الثمنَ من المشتري أو أَبرَأَه أو حَطَّ منه: جاز، ويَضمَن. وعند أبي يوسف: لا يجوز. ....

(**فلا يَضمَن**) الوكيل الثمنَ للموكل والقيمةَ للراهن (**إن تَوَى**[1]) أي: هلك (**ما على الكفيل**) من الثمن، (**أو ضاعَ الرهن في يده**) أي: الوكيلِ؛ لأن الوكيل أصيل في الحقوق، وقبضُ الثمن منها، والكفالةُ تُوثُّق به، والارتهانُ وثيقة لجانب الاستيفاء، فيَملكهما، بخلاف الوكيل بقبض الدين؛ لأنه يفعل نيابة، وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن، والوكيلُ بالبيع يقبض أصالة، ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما في «الهداية»[2].

وفي «المنح»: وهو مخالف لما في «الخلاصة» من: «أن الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل»، فيحمل كلام «الهداية» على أخذ الكفيل بشرط البراءة، فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به في «البزازية».

والمراد بـ«عدم الضمان»: عدمه للموكل، وإلا: فالدين قد سقط بهلاك الرهن إذا كان مثل الثمن، بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ رهنا فضاع؛ فإنه لا يسقط من دين الموكل شيء، ولا ضمان على الوكيل[3]، انتهى.

(**ولو وَهَبَ**) الوكيل (**الثمنَ من المشتري أو أَبرَأَه أو حَطَّ منه**) أي: بعضَ الثمن: (**جاز**) عند الطرفين، (**ويَضمَن**) الوكيل الثمن كلَّه لموكله في الحال.

(**وعند أبي يوسف: لا يجوز**) كلٌّ من الهبة والإبراء والحط؛ إذ لا ملكَ له، ولا أمْرَ له فيما فعل، ولم يجز.

ولهما: أن حقوق العقد راجعة إلى العاقد، وهذه التصرفات من حقوقه، فيملكها، ودفعُ الضرر حاصلٌ بتضمينه في الحال على وجه الكمال.

---

(١) قيل: يتحقق التوى في الكفالة بأن مات الكفيل مفلسا وقد غاب الأصيل غيبة لا يعرف، أو مات هو أيضا مفلسا بأن رفع الأمر إلى قاضٍ مالكيٍّ يجوِّز براءة الأصيل عن الدين بكفالة الكفيل، ويحكم براءته، ثم يموت الكفيل مفلسا؛ إذ لا يجوز الرجوع بموت الكفيل مفلسا، وقيل: المراد من الكفالة: الحوالة؛ لأن التوى لا يتحقق في الكفالة، وفي «البحر» (١٧٣/٧) كلام، فليطالع. (**داماد، منه**).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٤٧/٣).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٣٨/٢/أ-١٣٨/ب)، و«الهداية» للمرغيناني (١٣٦/٣)، و«الفتاوى البزازية» (١٤٤/٢).

وكذا الخلاف لو أَجَّلَه أو قَبِلَ به حوالةً.

ولو أقالَه: صحَّ، وسَقَطَ الثمن عن المشتري، ولَزِمَ الوكيلَ. وعند أبي يوسف: لا يَسقُط عن المشتري.

والوكيلُ بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة، وبزيادةٍ يُتغابَن بها وهي: ما يُقوِّم به مُقوِّمٌ، ....

(**وكذا الخلاف لو أَجَّلَه**) أي: الثمن، (**أو قَبِلَ به**) أي: بالثمن (**حوالةً**).

قال قاضي خان: ولم يذكر التأجيل في الأصل:

قيل: يجوز التأجيل في قول **أبي يوسف** أيضا كما لو باع بثمن مؤجل.

وقيل: لا يجوز[(١)]، واختاره المصنف، فلذا قال: «**وكذا الخلاف لو أجَّله**».

(**ولو أقالَه**) الوكيل بالبيع: (**صحَّ**) عقد الإقالة، (**وسَقَطَ الثمن عن المشتري، ولَزِمَ**) الثمن (**الوكيلَ**) عند **الطرفين**؛ لأنه عاقدٌ، فيصح تصرفه، فيضمن الثمن للموكل.

قيَّدنا بـ«البيع»؛ لأن الوكيل بالشراء لا يملك الإقالة اتفاقا، هذا إذا لم يقبض الثمن، فلو قبضه ثم أقال: لا يصح[٩٨/أ].

وكذا إذا كان على الوكيل دينٌ لرجل، فأحاله على المشتري ليأخذ الثمن، ثم أقال: لا يصح كما في «شرح المجمع»[(٢)].

(**وعند أبي يوسف: لا يَسقُط عن المشتري**)؛ لأنه إضرار للموكل، فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري، إلا أن الإقالة لمَّا كانت **عنده** بيعا: صار الوكيل مشتريا من المشتري المبيع، فكان الوكيل مديونا للمشتري مثل الثمن الأول كما في «شرح المجمع»[(٣)].

[الوكيل بالشراء]

(**والوكيلُ بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة**) وبأقل منها، وهو ظاهر لا يحتاج إلى البيان، (و) يجوز (**بزيادةٍ يُتغابَن بها، وهي**) أي: الزيادة التي يَتغابن بها (**ما يُقوِّم به مُقوِّمٌ**) بأن قوَّمه عدلٌ -مثلا- بعشرة، وعدلٌ آخر بتسعة، فاشتراه بعشرة: يدخل تحت تقويم مُقوِّم.

---

(١) «الخانية» لقاضي خان (٥١٣/٢).

(٢) لم نجده في شرحي «المجمع» للمؤلف نفسه ولابن ملك، ولعله في شرح آخر.

(٣) لم نجده في شرحي «المجمع» للمؤلف نفسه ولابن ملك، ولعله في شرح آخر.

وقُدِّرَ في العروض: «دَهْ نِيمْ»، وفي الحيوان: «دَهْ يَازْدَهْ»، وفي العقار: «دَهْ دُوازْدَهْ»، لا بما لا يُتغابَن بها. ولو وُكِّلَ ببيع عبدٍ، فباعَ نصفَه: جاز. ....

وقدَّروه في العروض بزيادة نصف في العشرة، وفي الحيوان بدرهم، وفي العقار بدرهمين، فهو الغبن اليسير، فلزم الموكلَ، وعن هذا قال:

(**وقُدِّرَ في العروض: «دَهْ نِيمْ»، وفي الحيوان: «دَهْ يَازْدَهْ»، وفي العقار: «دَهْ دُوازْدَهْ»**[1]).

هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد والدواب وغيرهم، وأما ما له قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما: فلا يحتاج إلى تقويم مقوِّم، فلا يدخل تحته، حتى: إذا زاد الوكيل بالشراء شيئا قليلا كالفلس: لا ينفذ على الموكل؛ لظهور المخالفة، وبه يفتى كما في «البحر»[2] وغيره.

فعلى هذا لو قيَّد قوله: «وهو: ما يُقوِّم به مقوِّم بأن لم يَعرف سِعره»: لكان أولى، تدبَّر.

(**لا بما لا يُتغابَن بها**) أي: لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش؛ لجواز اشترائه لنفسه، ثم لغلاء ثمنه يُحوِّله على الآمر، وهذه التهمة لا توجد في الوكيل بالبيع.

أطلقه، فشمل ما إذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه: فلا يملك الشراء بغبن فاحش وإن كان لا يملك الشراء لنفسه؛ لأنه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه، وكانت التهمة باقية كما في «التبيين»[3].

لكن في «الهداية» خلافه؛ فإنه قال: «حتى: لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه: قالوا: ينفذ على الآمر؛ لأنه يملك شراءه لنفسه»[4].

وفي «العناية»: أن ما في «الهداية» قول عامة المشايخ، وبعضهم قال: لا ينفذ على الآمر[5]، تتبَّع.

(**ولو وُكِّلَ ببيع عبدٍ، فباعَ نصفَه: جاز**) عند الإمام؛ لِما قرَّرناه آنفا.

---

(١) «ده نيم»: اسم لعشرة ونصف، والمراد بالنصفه هنا: نصف الدرهم، و«دَهْ يَازْدَهْ»: اسم لأحد عشر، و«دَهْ دَوازْدَهْ»: اسم لاثني عشر. انظر «البناية» للعيني (٢٧٢/٩).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٦٨/٧).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٧١/٤).

(٤) «الهداية» للمرغيناني (١٤٥/٣).

(٥) «العناية» للبابرتي (٨٢/٨).

وقالا: لا يجوز إلا إن باعَ الباقي قبْلَ الخصومةِ وهو استحسانٌ. وإن وُكِّلَ بشراء عبدٍ، فاشتَرَى نصفَه: لا يَلزَم الموكلَ إلا إن اشتَرَى باقِيَه قبْلَ الخصومةِ اتفاقا.

ولو رُدَّ المبيعُ على الوكيل بعيبٍ بقضاءٍ: رَدَّه على آمِره مطلقا فيما لا يَحدُث مثله...

(**وقالا: لا يجوز**) بيعه بما يَتعيَّب بالشركة كالعبد، لا بما لا يَتعيَّب كالبر؛ فإنه يجوز بالاتفاق كما مرَّ (**إلا إن باعَ الباقي قبْلَ الخصومةِ**) أي: قبل الاختصام إلى القاضي، ونقَض القاضي البيع: فحينئذ يجوز؛ لعوده إلى الوفاق، (**وهو**) أي: جوازه إن باع الباقي قبل الخصومة (**استحسانٌ**) **عندهما**.

وإنما ذكَر هذه المسألة مع أنها قد ذُكِرت فيما تقدَّم بقوله: «وبيعُ نصفِ ما وُكِّل ببيعه جاز»؛ توطئةً لقول **الإمامين** والمسألةِ التي تليها، وهو: التوكيل بشراء عبد؛ لأن المسألة الأولى تُذكَر بلا خلاف، فيُتوهَّم أنها متفق عليها، فذكَرها لدفع التوهم، لكن الأَولى أن يتركها فيما سبق، وذكَرها هنا جميعا كما وقع في «الهداية»[1]، تدبَّرْ.

(**وإن وُكِّلَ بشراء عبدٍ، فاشتَرَى نصفَه: لا يَلزَم الموكلَ**)؛ لِما فيه من ضرر الشركة (**إلا إن اشتَرَى باقِيَه قبْلَ الخصومةِ اتفاقا**)؛ لأن شِرَى البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين اثنين، فينفذ على الموكل **بالاتفاق**.

والفرق **للإمام** بين البيع والشراء: أن الأمر في البيع صادَف ملكَه، فاعتبر فيه إطلاقه، بخلاف الأمر بالشراء.

وقال **زفر**: يلزم الوكيلَ مطلقا.

أطلقه، فشمل ما إذا كان العبد معيَّنا أو لا؛ لأنه خالَفه بشراء نصفٍ، فلا يلزم الموكلَ إلا بعد شرائه، فبهذا ظهر عدم صحة ما قيل[2]: «ينبغي أن لا يَتوقَّف شراء النصف إذا كان التوكيل بشراء شيء بعينه»، تأمَّلْ [٩٨/ب].

(**ولو رُدَّ المبيعُ**) أي: ردَّ المشترِي المبيعَ (**على الوكيل بعيبٍ بقضاءٍ**) أي: بقضاء القاضي: (**رَدَّه**) الوكيل (**على آمِره مطلقا**)؛ سواء كان بسبب البينة من قِبَل المشتري، أو بنكول الوكيل حين توجَّه عليه اليمينُ أو إقرارُ الوكيل عند القاضي، (**فيما**) أي: في عيب (**لا يَحدُث مثله**)؛ **لأن** البينة حجة مطلقة، والوكيلُ مضطرٌّ في النكول؛ لبعد العيب عن علمه

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٤٥/٣).

(٢) قائله: أبو المكارم. (داماد، منه).

وكذا فيما يَحدُث مثله إن ببيّنةٍ أو نكولٍ عن يمينٍ، وإن بإقرارٍ: فلا، ولَزِمَ الوكيلَ.

ولو باعَ نسيئةً، وقال المُوكِّل: «أمَرتُك بنقدٍ»، وقال: «بل أطلَقتَ»: صُدِّقَ المُوكِّل، وفي المُضارَبة: المضاربُ.

باعتبار عدم ممارسته المبيع، فلزم الآمر، فكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله؛ لأن القاضي تيقَّن بحدوث العيب في يد البائع، فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج.

ثم إن اشتراطها فيما كان تاريخُ البيع مشتبها على القاضي، أو كان العيب مما لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء؛ فإن قولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد، فيفتقر إلى إحدى هذه الحجج للرد، حتى: لو علم القاضي تاريخ البيع والعيبُ ظاهر: لا يحتاج إلى شيء منها؛ كما: إذا كان العيب مما لا يحدث أصلا كأصبع زائدة: لا حاجة إلى الحجة.

وإنما قال: «بقضاء»؛ لأنه إن كان الرد بغير قضاء: ليس له الرد على الموكل، ولا الخصومة معه كما في عامة روايات «المبسوط»[1].

(**وكذا**) يردُّ الوكيل على الآمر (**فيما**) أي: في عيب (**يَحدُث مثله**) في هذه المدة (**إن**) كان قضاء القاضي (**ببيّنةٍ أو نكولٍ عن يمينٍ**[2])؛ لِما تقدَّم آنفا، (**وإن**) كان قضاء القاضي (**بإقرارٍ**) الوكيل: (**فلا**) يردُّه على آمره، (**ولَزِمَ الوكيلَ**)؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، فيظهر حق المُقرِّ دون غيره، والوكيلُ غير مضطرٍّ إليه؛ لأنه يُمكِنه السكوت والنكول، ولكن له أن يخاصم الموكلَ إن كان الرد عليه بقضاء، فيلزمه ببينة أو بنكول، وإن كان بغير قضاء: ليس له أن يخاصم الموكل؛ لأنه فسخٌ للبيع بالتراضي، فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما، والموكلُ غيرهما.

(**ولو باعَ**) الوكيل (**نسيئةً**) أي: إلى أجل، (**وقال المُوكِّل: «أمَرتُك بنقدٍ**[3]**»، وقال**) الوكيل: «لا، (**بل أطلَقتَ**») أي: أمرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد: (**صُدِّقَ المُوكِّلُ**) مع اليمين؛ لأن الأمر مستفاد من الآمر، ولا مساعدة بدلالة اللفظ على ما قاله المأمور، (**وفي المُضارَبة**) صُدِّق (**المضاربُ**)؛ لأن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق، فيعتبر قوله مع اليمين، بخلاف ما: إذا دعى رب المال المضاربة في نوعٍ والمضارِب في نوع آخر: حيث

---

(١) «الأصل» للإمام محمد (٢٧٦/١١).

(٢) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «عن يمين».

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «بالنقد».

ولا يصحُّ تصرُّفُ أحدِ الوكيلَيْن وحْدَه فيما وُكِّلاَ به إلا في خصومةٍ ....

يكون القول لرب المال.

(**ولا يصحُّ تصرُّفُ أحدِ الوكيلَيْن وحْدَه فيما وُكِّلاَ به**)؛ لعدم رضى الموكل إلا برأيهما معا.

وفي «المنح»: أطلقه، فشمل ما إذا كان أحدهما حرا بالغا عاقلا، والآخر عبدا أو صبيًا محجورا عليه، لكنه مقيَّد بـ«ما إذا وكَّلهما بكلام واحد»، أما إذا كان توكيلهما على التعاقب: فإنه يجوز لأحدهما الانفراد؛ لأنه رَضِي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله، بخلاف الوصيَّيْن إذا أوصى إلى كلٍّ منهما بكلام على حدة: حيث لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف على الأصح[١]، انتهى.

لكن في «الشمني» خلاف ما في «المنح»؛ لأنه قال: لو باع أحدهما والآخر حاضر: يجوز، ولو كان الآخر غائبا فأجاز: لم يجز عند **الإمام** خلافا **لأبي يوسف**، ولو كان أحدهما صبيا أو عبدا محجورا: فللآخر أن ينفرد بالتصرف، ولو مات أحدهما أو زال عقله: ليس له ذلك[٢]، تتبَّعْ.

وفي «الخانية»: رجل قال لرجلين: «وكَّلتُ أحدَكما بشراء جارية لي بألف درهم»، فاشترى أحدهما، ثم اشترى الآخر: فإن الآخِر يكون مشتريا لنفسه، ولو اشترى كل واحد منهما جارية، ووقع شراؤهما في وقت واحد: كانت الجاريتان للموكل، وعليه الفتوى كما في «البحر»[٣].

(**إلا في خصومةٍ**)؛ فإن لأحدهما أن يخاصم وحده؛ لأن الاجتماع فيها متعذر؛ لإفضاء الشَّغَب في مجلس القضاء، خلافا **لزفر والشافعي**[٤].

وظاهره: أنه إذا خاصَم أحدهما: لم يُشترَط حضرة الآخر، وهو قول العامة؛ لعدم الفائدة بسماعها، وهو ساكت كما في «التبيين» وغيره[٥]، وبه ظهر: أن ما ذكره ابن الملك

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٣٦/أ).

(٢) «حاشية الوقاية» للشمني (٣٢٠/أ).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٧٤)، و«الخانية» لقاضي خان (٢/٥٣٩).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/٢٩٨).

(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٧٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٧٥).

وردِّ وديعةٍ وقضاءِ دينٍ وطلاقٍ وعتقٍ لا عِوضَ فيهما.

من اشتراط الحضرة ضعيف كما في «البحر»(١).

لكن لا بد من مباشرة رأي الآخر، حتى: لو باشر أحدهما بدون رأي الآخر: لا يجوز عندنا كما ذكره العيني، فعلى هذا يمكن حمل ما في ابن الملك على الرأي، فيكون موافقا لقول العامة، وهو أولى من الحمل على الضعف، تدبَّرْ[٩٩/أ].

(وردِّ وديعةٍ).

وفي «البحر»: ولو قال: «وردِّ عينٍ» لكان أولى؛ فإنه لا فرق بين رد الوديعة والعاريَة والمغصوب والبيع الفاسد كما في «الخلاصة»(٢).

لكن يمكن بأن ردَّ عاريَّة وغصبٍ داخلٌ في رد وديعة حكما، والبيع الفاسد في حكم الغصب، فاكتفى بذكرها، تدبَّرْ.

قيَّد بـ«الرد»؛ للاحتراز عن الاسترداد، فليس لأحدهما القبض بدون صاحبه.

(وقضاءِ دينٍ وطلاقٍ وعتقٍ لا عِوضَ فيهما)، وكذا تعليقٌ بمشيئة الوكيلين، وتدبيرٌ وتسليمُ هبةٍ كما في «التنوير»(٣)؛ لأنه مما لا يحتاج إلى الرأي، ويعتبر المثنى فيه كالواحد.

هذا إذا كان التوكيل بطلاقٍ واحدة معيَّنة وعتقٍ معيَّن؛ لأنه لو وكَّلها بطلاق واحدة بغير عينها أو عِتق عبدٍ بغير عينه: لا ينفرد أحدهما كما في «السراج»(٤)؛ لأنه مما يحتاج إلى الرأي.

وقيَّد بـ«لا عوض فيهما»؛ لأنه لو كان الطلاق والعتق بعوض: لم ينفرد أحدهما إلا إذا أجازه الموكل أو الوكيل.

وفي «البحر»: أن الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء، فليس لأحدهما الانفراد(٥).

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٧٤/٧)، و«شرح المجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٣٨٦).
(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٧٥/٧).
(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٩).
(٤) «السراج الوهاج» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢٢٩/أ).
(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٧٥/٧).

وليس للوكيل أن يُوكِّل غيرَه إلا بإذن مُوكِّله أو بقولِه: «اعمَلْ برأيك». فإن أَذِنَ، فوَكَّلَ: كان الثاني وكيلَ المُوكِّل الأولِ، لا الثاني. فلا يَنعزِل بعزلِه ولا بموتِه، ويَنعزِلان بموت الأول.

(**وليس للوكيل أن يُوكِّل غيرَه**)؛ لأنه فُوِّض إليه التصرف دون التوكيل به؛ إذ رضي برأيه دون رأي غيره؛ لوجود التفاوت في الآراء، (**إلا بإذن مُوكِّله**)؛ لتحقق رضائه، (**أو بقولِه**) أي: بقول الموكل للوكيل: («**اعمَلْ برأيك**»[1])؛ لإطلاقه التفويض إلى رأيه.

واستثنى صاحب «التنوير» من الاستثناء الأول، فقال: «إلا في دفع زكاة، وفي قبض دين بمن في عياله، وعند تقدير الثمن»[2] من الوكيل لوكيله؛ فإن تصرُّفَ وكيل الوكيل بدون الإذن جائز فيها.

(**فإن أَذِنَ**) الموكل بالتوكيل، (**فوَكَّلَ**) الوكيل غيرَه: (**كان**) الوكيل (**الثاني وكيلَ المُوكِّل الأولِ، لا الثاني**)، ثم فرَّعه بقوله:

(**فلا يَنعزِل**) الوكيل الثاني (**بعزلِه**) أي: بعزل الموكل الثاني، (**ولا**) ينعزل (**بموتِه**) أي: بموت الموكل الثاني.

قال المولى سعدي: ينبغي أن يَملِك عزلَه فيما إذا قال الموكل: «اعمَلْ برأيك»[3]، انتهى.

وفيه كلام؛ لأن الوكيل مأمور بإعمال رأيه وقد عَمِل بأن يُوكِّل غيره، فتمَّ الأمر، فلا يملك العزل؛ لأن العزل الرجوعُ عن الرأي الأول، وليس في قوله: «اعمل برأيك» ما يدل على هذا، بخلاف ما إذا قال: «اصنَعْ ما شئت»؛ لأن فيه ما يدل على العموم، فيملك العزل، تدبَّرْ.

(**ويَنعزِلان**) أي: الوكيل الأول والثاني (**بموت**) الموكل (**الأول**)؛ لأن الموكل عامل لنفسه، فينعزل وكيله بموته؛ لبطلان حقه.

---

(١) وقال صاحب «المنح» (٢/١٤١/أ): قال الرجل: «فوَّضتُ إليك أمر امرأتي»: صار الرجل وكيلا بالطلاق، ومقيد بالمجلس، فإن طلق بالمجلس: صحَّ، وإلا: فلا، بخلاف قوله: «وكَّلتك في أمر امرأتي»: حيث لا يقتصر على المجلس. (داماد، منه).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٩).

(٣) لم نجده.

وإن وكَّل بلا إذنٍ، فعَقَدَ الثاني بحضرتِه: جازَ. وكذا لو عَقَدَ بغيبتِه فأجازَه أو كان قد قَدَّرَ الثمن.

ولا يجوز لعبدٍ أو مكاتَبٍ في مالِ طفلِه التصرُّفُ ببيعٍ أو شراءٍ، ولا تزويجُه. وكذا الكافرُ في حقِّ طفلِه المسلمِ.

(**وإن وكَّل**) الوكيلُ غيرَه (**بلا إذنٍ**) من الموكل، (**فعَقَدَ**) الوكيلُ (**الثاني بحضرتِه**) أي: بحضرة الوكيل الأول: (**جازَ**) عقده؛ لأن المقصود حضور رأيه وقد حضر.

وظاهر العبارة: الاكتفاءُ بالحضرة من غير توقف على الإجازة، وهذا قول البعض، والعامةُ على أنه لا بد من إجازة الوكيل أو الموكل، وإن حضرة الوكيل الأول لا تكفي، والمطلق من العبارات محمول على الإجازة كما في أكثر المعتبرات[1].

فعلى هذا لو قال: «فأجازه» مكان قوله: «بحضرته»: لكان أولى، تدبَّرْ.

(**وكذا لو عَقَدَ**) الوكيل الثاني (**بغيبتِه**) أي: بغيبة الأول، (**فأجازَه**) أي: أجاز الوكيل عقده: جاز.

ولو اكتفى بقوله: «فعقد الثاني بحضرته أو بغيبته، فأجازه: جاز»: لكان أخصر وأولى؛ لأن الحكم فيهما موقوف على الإجازة على قول العامة كما بيِّن قُبيله، تدبَّرْ.

قيَّد بـ«العقد»؛ احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق إذا وكَّل غيره، وطلَّق الثاني بحضرة الوكيل الأول، أو طلَّق الأجنبي فأجاز الوكيل: فإنه لا يقع، وكذا الإبراء والخصومة وقضاء الدين كما في «المنح»[2].

(**أو كان**) الوكيل الأول (**قد قَدَّرَ الثمن**) للثاني، فعقَد الثاني بغيبته: جاز؛ لأن الاحتياج فيه إلى الرأي لتقدير الثمن وقد حصل كما في «العناية»[3].

(**ولا يجوز لعبدٍ أو مكاتَبٍ في مالِ طفلِه التصرُّفُ**[4] **ببيعٍ أو شراءٍ، ولا تزويجُه**)؛ لانتفاء ولايتهما بالرق. (**وكذا الكافرُ في حقِّ طفلِه المسلمِ**)؛ لانتفاء ولايته بالكفر.

---

(١) والمراد من «أكثر المعتبرات»: «النهاية»، و«السراج الوهاج»، و«الخانية»، و«البحر الرائق». (**داماد، منه**).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٤٠/ب).

(٣) «العناية» للبابرتي (٨/١٠٣).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «التصرف في مال طفله».

باب الوكالة بالخصومة والقبض: للوكيل بالخصومة القبضُ، خلافا لزفر، والفتوى اليومَ على قوله. ومثلُه الوكيلُ بالتقاضي. ....

والأصل: أن من لا ولاية له على غيره: لم يجز تصرفه في حقه.

يقال: حكمُ المستأمن والحربي والمرتدِ يُعلَم من حال الذمي دلالةً، ولذا بيَّن حاله دون غيره من الكفار.

وقيل: تصرف المرتد موقوف بالاتفاق؛ لتردد الملة في حقه، فإن أسلم: نفذ، وإن قتل: لا[٩٩/ب].

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

أخَّر «الوكالة بالخصومة» عن «الوكالة بالبيع والشراء»؛ لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته، وذلك في الأغلب يكون لمطالبة المبيع أو الثمن.

(**للوكيل بالخصومة القبضُ**) عند **أئمتنا الثلاثة**؛ لأن من مَلِك شيئا: مَلِك إتمامه، وإتمامُ الخصومة وانتهاؤها بالقبض.

(**خلافا لزفر**)؛ لأن القبض غير الخصومة، فلا يكون الوكيل به وكيلا بها؛ إذ يختار الموكل للقبض آمنَ الناسِ، وللخصومة ألحَّ الناسِ.

(**والفتوى اليومَ على قوله**) أي: على قول زفر، وهو قول **الأئمة الثلاثة**؛ لأن من يُؤتمَن على الخصومة من لا يؤتمن على المال؛ لظهور الخيانة في الوُكلاء في هذا الزمان.

أفتى بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ وسمرقند وغيرهم، ولذا أشار إلى خلاف زفر عند **أئمتنا الثلاثة**؛ لقوة قوله في هذا المقام.

وفي «التنوير»: الوكيل بالخصومة إذا أبى: لا يجبر عليها إلا إذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدَّعي، وغاب المدَّعى عليه، بخلاف الكفيل[١].

(**ومثلُه**) أي: مثل الوكيل بالخصومة (**الوكيلُ بالتقاضي**)، يعني: أن الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة؛ فإنه يملك القبض على أصل الرواية؛ لأنه في معناه وضعا، يقال: «اقتضيت حقي»؛ أي: قبضته؛ فإنه مطاوع «قضى»، إلا أن العرف بخلافه، وهو قاضٍ على

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٠).

وللوكيل بقبضِ الدين الخصومةُ قبلَ القبض، خلافا لهما.........

الوضع، والفتوى على أن لا يملك كما في «الهداية»[١].

وفي «الغاية»: أن الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض اتفاقا في جواب «كتاب الوكالة»، لكن فتوى المشايخ على أن لا يملك؛ لفساد الزمان[٢]، انتهى.

فعلى هذا ظهر عدم فهم ما قيل[٣] من أنه قال صاحب «الاختيار»: «والوكيل بالتقاضي يملك القبض بالإجماع؛ لأنه لا فائدة للتقاضي بدون القبض»[٤]، فيلزم التأمل في قوله: «بالإجماع» مع أن الخلاف مصرح في سائر الكتب؛ لأن ما قاله صاحب «الاختيار» على رواية الأصل، والفتوى لفساد الزمان، فلا خلاف بالاتفاق على رواية الأصل؛ لما في «السراجية»: الوكيل بالتقاضي وكيلٌ بالقبض في ظاهر الرواية، والفتوى على أنه ينظر؛ إن كان التوكيل بذلك في بلد كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين: كان توكيلا بالقبض، وإلا: فلا[٥]، تدبَّرْ.

وفي «التنوير»: ورسول التقاضي يَملك القبض لا الخصومة **إجماعا**، ولا يملك الخصومةَ والقبضَ وكيلُ الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيلُ الصلح، وكذا عكسه[٦].

(**وللوكيل بقبضِ الدين الخصومةُ قبلَ القبض**) عند **الإمام**.

(**خلافا لهما**)، وهو قول **الأئمة الثلاثة**، ورواية عن **الإمام**؛ لأنه ليس كل من يصلح للقبض يَعرف الخصومة ويَهتدي إلى المحاكمة، فلا يحصل الرضى من الموكل.

وله: أنه وكَّله بأخذ الدين من ماله؛ لأن قبض نفس الدين لا يُتصوَّر، ولذا قلنا: إن الديون تقضى بأمثالها؛ لأن المقبوض ملك المطلوب حقيقة، وبالقبض يَتملَّكه بدلا عن الدين، فيكون وكيلا في حق التمليك، ولا ذلك إلا بالخصومة.

وثمرته: ما إذا أقام الخصم البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه: تقبل عنده، خلافا لهما.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٤٩).

(٢) «غاية البيان» لأمير كاتب الأتقاني (٣/٢٠٩/أ)، و«الأصل» للإمام محمد (١١/٣٦١).

(٣) قائله: صاحب «الفرائد» (٥٠٤/ب). (داماد، منه).

(٤) «الاختيار» للموصلي (٢/١٦٥).

(٥) «الفتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٥١٠).

(٦) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٥٩).

وللوكيل بأخذِ الشفعة الخصومةُ قبْلَ الأخذ اتفاقا. وكذا الوكيلُ بالرجوع في الهبة أو بالقِسْمة أو بالرد بالعيب. وكذا الوكيلُ بالشراء بعد مُباشَرتِه.

وليس للوكيل بقبضِ العينِ الخصومةُ. فلو بَرهَنَ ذو اليد على الوكيل بقبضِ عبدٍ أن مُوكِّله باعَه منه: تُقصَر يدُ الوكيل، ولا يَثبُت البيع، فيَلزَم ....

قيَّد بقوله: «قبل القبض»؛ لأنه بعد القبض لا يكون له الخصومة **اتفاقا**.

وفي «التنوير»: أمَره بقبض دينه، وأن لا يقبضه إلا جميعا: فقبَضه إلا درهما لم يجز قبضه على الآمر، وللآمر الرجوع على الغريم بكله، ولو لم تكن للغريم بينة على الإيفاء، فقضى عليه بالدين، وقبضه الوكيل، فضاع من الوكيل، ثم بَرهَن على الإيفاء: فلا سبيل للمُقضى عليه على الوكيل، وإنما يرجع على الموكل[1].

(**وللوكيل بأخذِ الشفعة الخصومةُ قبْلَ الأخذ اتفاقا**)، حتى: لو أقام المشتري البينة على الوكيل على أن الموكل سلَّمها: تُقبَل، وتَبطل الشفعة، وأما بعد الأخذ بالشفعة: فليس له الخصومة.

(**وكذا الوكيلُ بالرجوع في الهبة**) أي: له الخصومةُ، حتى: لو أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوضَ: تُقبَل، ويَبطل الرجوع، (**أو بالقِسْمة**)، يعني: للوكيل بالقسمة الخصومةُ، حتى: إذا وكَّل أحدُ الشريكين وكيلا بأن يُقاسِم مع شريكه، فأقام الشريك البينةَ على الوكيل بأن الموكل قبض نصيبه: تُقبَل، (**أو بالرد بالعيب**) على البائع، حتى: إذا أقام البائع البينة على الوكيل بأن الموكل رَضِي بالعيب: تُقبَل[١٠٠/أ].

(**وكذا الوكيلُ بالشراء بعد مُباشَرتِه**)، يعني: له الخصومة، وأما قبل مباشرته الشرى: لا يكون له الخصومة، وهذا؛ لأن المبادلة تقتضي حقوقا، وهو أصل فيها، فيكون خصما فيها.

(**وليس للوكيل بقبضِ العينِ الخصومةُ**) **بالإجماع**؛ لأنه أمينٌ محضٌ بقبض عينِ حقِّ الموكل من كل وجه، فأشبه الرسولَ، ثم فرَّعه بقوله:

(**فلو بَرهَنَ ذو اليد على الوكيل بقبضِ عبدٍ أن مُوكِّله باعَه منه: تُقصَر يدُ الوكيل**) عنه، (**ولا يَثبُت البيع، فيَلزَم**) على ذي اليد (**إعادة البينة إذا حَضَرَ الموكلُ**) أو من يقوم مقامه؛ لأن البينة قامت على من لا يكون خصما.

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٠).

إعادة البينة إذا حَضَرَ الموكلُ، كما تُقصَر يدُ الوكيل بنقلِ الزوجة أو العبد، ولا يَثبُت الطلاق والعتق لو بَرهَنَا عليهما بلا حضور المُوكِّل.

وإقرارُ الوكيل بالخصومة على مُوكِّله عند القاضي صحيحٌ، لا عند غير القاضي ....

والقياس فيه: دفعُ العبد إلى الوكيل؛ لعدم قبول حجة ذي اليد؛ لقيامها على من ليس بخصم، فلم يعتبر.

وجه الاستحسان: أن الوكيل خصمٌ في حق قصرِ يده؛ لقيامه مقام الموكل في القبض، فتقتصر يده، فتقام الحجة ثانيا على البيع إذا حضر الخصم.

(**كما تُقصَر يدُ الوكيل بنقلِ الزوجة أو العبد**)، يعني: إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق أو أقام العبد البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما إلى موضع: تُقبَل هذه البينة استحسانا في قصر يد الوكيل عنهما حتى يُحضِر الخصم منكرا، (**ولا يَثبُت الطلاق والعتق لو بَرهَنَا**) أي: المرأة والعبد (**عليهما**) أي: على الطلاق والعتاق (**بلا حضور المُوكِّل**)؛ لِما مرَّ: أنهما أقاما حجة على وكيلٍ غيرِ خصم، ولذا وجب إعادتها لو حضر موكله بخلاف قصر اليد.

(**وإقرارُ الوكيل بالخصومة على مُوكِّله عند القاضي**) بغير الحدود والقصاص (**صحيحٌ**)؛ سواء كان وكيلا من قِبل المدَّعي فأقرَّ بالقبض، أو من قبل المدَّعى عليه فأقر بثبوت الحق.

وفيه إشعار بأنه لو أنكره ذلك الوكيلُ: صح بالطريق الأولى، وبأنه لو استثنى الإقرار: صح، وصار وكيلا بالإنكار؛ كما: لو استثنى الإنكارَ: صار وكيلا بالإقرار.

وفي «الصغرى»: لو استثنى الإقرار بحضرة الطالب: صح، وإلا: لا، وقال **محمد**: أنه أيضا يصح كما في «القهستاني»[1].

وفي «البزازية»: لو وكَّله غيرَ جائز الإقرار: صح، ولم يصح الإقرار في الظاهر لو موصولا، وفي الأقضية ومفصولا أيضا[2].

(**لا عند غير القاضي**) أي: إن كان إقراره عند غير القاضي، فشهد به الشاهدان عند القاضي: فإنه غير صحيح استحسانا عند **الطرفين**.

(**خلافا لأبي يوسف**) أي: يصح عند غير القاضي عنده؛ لأن الموكل أقام مقام نفسه

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٣٠).

(٢) «الفتاوى البزازية» (٢/١٤٠).

خلافا لأبي يوسف، لكن لو بُرهِنَ عليه أنه أقَرَّ في غير مجلس القضاءِ: خَرَجَ عن الوكالة، ولا يُدفَع إليه المال؛ كالأبِ أو الوصيِّ إذا أقَرَّ في مجلس القضاءِ: لا يصحُّ، ولا يُدفَع إليه المالُ.

ولا يصحُّ توكيلُ ربِّ المالِ كفيلَه بقبضِ ما على المكفول عنه. ....

مطلقا، وهو يقتضي أن يَملِك ما يَملِكه الموكل، وهو يَملك الإقرار عند غير القاضي، كذا وكيله.

وعند **زفر، والشافعي**[1]، وهو قول **أبي يوسف** أوّلا: لا يصح أصلا، وهو **القياس**؛ لأنه مأمور بالخصومة، وهي منازعة، والإقرارُ يُضادُّها؛ لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده.

وجه الاستحسان: أن التوكيل صحيح، فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا، فيتضمن الإقرارَ، والموكلُ يملك الإقرار، كذا يملك وكيله عند القاضي؛ لكونه جواب الخصم، وهو لا يكون معتبرا إلا في مجلس القضاء؛ إذ وراء مجلسه يُفضِي إلى المجادلة والمجاذبة، وهو لم يوكل بذلك، فحينئذ لا يكون وكيلا.

(**لكن لو بُرهِنَ عليه**) أي: على الوكيل.

هذا استدراك من قوله: «لا عند غير القاضي»، فلهذا لو ذكر عقيبه: لكان أنسب، تدبَّرْ.

(**أنه أقَرَّ في غير مجلس القضاءِ: خَرَجَ عن الوكالة، ولا يُدفَع إليه المال**) أي: لا يُؤمَر المدَّعى عليه بدفع المال إلى الوكيل؛ لأنه لا يصح بعد ذلك؛ للمناقضة، ولأنه زعَم أنه مبطل في دعواه؛ (**كالأبِ أو الوصيِّ إذا أقَرَّ في مجلس القضاءِ: لا يصحُّ**) إقرارهما، (**ولا يُدفَع إليه**) أي: إلى الأب أو الوصي (**المالُ**)، يعني: إذا ادعى الأب أو الوصي شيئا للصغير، فأنكر المدَّعى عليه، فصدَّقه الأب أو الوصي، ثم جاء يدعي المال: فإن إقراره لا يصح؛ لأن له ولايةً نظريةً، وذلك بأن يَحفظ مالَه، ويتصرَّفَ فيه على الوجه الأحسن، والإقرارُ لا يكون حفظا، ولا يُؤمَر المدَّعى عليه بدفع المال إليه؛ لأنه لا يصح دعواه، ويُنصَّب وصيٌّ آخر، ويؤمر بدفع المال إليه لو ثبت[١٠٠/ب].

(**ولا يصحُّ توكيلُ ربِّ المالِ كفيلَه بقبضِ ما على المكفول عنه**)؛ كما: لو وكَّله بقبضه

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/١٦٧).

ومن صَدَّقَ مدَّعِي الوكالةِ بقبض الدَّين: أُمِرَ بالدفع إليه، فإن صَدَّقَه صاحب الدَّين، وإلا: أُمِرَ بالدفع إليه أيضا، ورَجَعَ به على الوكيل إن لم يَهلَك في يده، وإن هَلَكَ: لا إلا إن كان ضَمَّنَه عند دفعه ....

من نفسه أو عبده، أو وكَّل المحتالُ المحيلَ بقبضه من المحال عليه: فإنه غير صحيح؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صحَّحناها: صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته، فانعدم الركن، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة؛ لكونه أمينا، ولو صحَّحناها: لا يقبل؛ لكونه مُبْرِئا نفسَه، فتنعدم بانعدام لازمته كما في «الهداية»[1].

وفي «العناية» سؤال وجواب، فليراجع[2].

وفي «التنوير»: الوكيل بقبض الدين إذا كفَل: صح، وبطلت الوكالة، بخلاف العكس، وكذا كل ما صحَّتْ كفالة الوكيل بالقبض: بطلت وكالته؛ تقدَّمت كفالته أو تأخَّرت[3].

(**ومن صَدَّقَ مدَّعِي الوكالةِ بقبض الدَّين: أُمِرَ بالدفع إليه**)؛ لأن تصديقه بمن قال: «أنا وكيل الغائب بقبض دينه» إقرارٌ على نفسه؛ لأن ما يدفعه خالصُ حقِّه، إذا الديون تقضى بأمثالها؛ (**فإن صَدَّقَه صاحب الدَّين**) أي: إذا حضر الموكل، وصدَّق الوكيلَ في دعواه الوكالةَ: فلا كلام؛ لحصول المقصود، (**وإلا**) أي: وإن لم يُصدِّقه: (**أُمِرَ**) أي: أمر الغريم (**بالدفع إليه**) أي: إلى صاحب الدين (**أيضا**) أي: كما أُمِر بالدفع إلى الوكيل؛ لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة، والقولُ في ذلك قوله مع يمينه، فيفسد الأداء إن لم يجز الاستيفاء حال قيامه، (**ورَجَعَ**) الغريم (**به**) أي: بما دفعه (**على الوكيل إن لم يَهلَك في يده**) أي: رجع الغريم به إن كان ما دفعه إليه باقيا في يد الوكيل؛ لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل، فله أن ينقضَ قبضه ويأخذَ ما يجده، ولو كان بقاؤه حكما بأن استهلكه الوكيل: فإنه باقٍ ببقاء بدله، (**وإن هَلَكَ**) أي: المقبوض في يد الوكيل: (**لا**) أي: لا يرجع فيما هلك؛ لأنه بتصديقه اعترف أنه محقٌّ في القبض، فيكون أمينا وهو لا يكون ضمينا، أو لأنه مظلوم في أخذ الموكل ثانيا، والمظلوم لا يظلم غيره، (**إلا إن كان ضَمَّنَه عند دفعه**): فحينئذ يرجع على الوكيل بمثل ما دفعه.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٥٠/٣).

(٢) «العناية» للبابرتي (١٢٥/٨).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٠).

أو دَفَعَ إليه على ادِّعائه غيرَ مصدِّقٍ وكالتَه.

ومن صَدَّقَ مدَّعِي الوكالةِ بقبض الأمانة: لا يُؤمَر بالدفع إليه. وكذا لو صَدَّقَه في دعوى شرائها من المالك. ....

قيل: روي «ضمنه» بالتشديد وبعدمه:

* فالمعنى بالتشديد: إلا إذا كان جعل الغريم الوكيل ضامنا بأن قال عند دفعه: «إن حضر الغائب، وأنكر وكالتك، وأخذ مني ثانيا: فأنت ضامن بهذا المال»، فقال: «أنا ضامن».

* وبعدم التشديد: إلا إذا كان الوكيل بأن قال عند دفعه: «إن حضر الغائب، وأنكر التوكيل، وأخذ منه ثانيا: فإني ضامن بهذا المال»، فيصير الوكيل كفيلا بمالٍ قبَضه الدائنُ المنكرُ ثانيا؛ لأن إضافة الضمان إلى زمان القبض جائزٌ، لا بمالٍ قبَضه الوكيل أوّلا؛ لأنه أمانة في يده بتصادقهما على أنه وكيل، والأماناتُ لا تجوز بها الكفالة.

وظاهر المتن: أنه لا رجوع على الوكيل حالة الهلاك إلا إذا ضمن، وليس كذلك، بل الحكم كذلك لو قال له: «قبضت منك على أني أبرأتك من الدين» كما في «التنوير»[1].

(**أو دَفَعَ إليه على ادِّعائه**) حال كونه (**غيرَ مصدِّقٍ وكالتَه**)؛ سواء كان مكذِّبا أو ساكتا: فإنه يرجع عليه؛ لأنه إنما دفَع له على رجاء الإجازة، فانقطع[2] رجاؤه: رجع عليه.

وفي «التنوير»: فإن ادعى الوكيلُ هلاكَه أو دفْعَه لموكله: صُدِّق بحَلِفه، وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب[3].

(**ومن صَدَّقَ مدَّعِي الوكالةِ بقبض الأمانة: لا يُؤمَر بالدفع إليه**)؛ لأن تصديقه إقرار بمال الغير، أو لأنه مأمور بالحفظ لا بالدفع، بخلاف الدين، فإذا لم يُصدِّقه: لا يؤمر بالدفع إليه بالأولى، وفي «المنح» تفصيل، فليراجع[4].

(**وكذا**) أي: مثل ما ذكَر من الحكم (**لو صَدَّقَه [في دعوى]**[5] **شرائها من المالك**)،

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٠).

(٢) هكذا في الأصل، وفي «البحر الرائق» (٧/١٨٤): «فإذا انقطع».

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٠).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٤٤/أ).

(٥) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

ولو صَدَّقَه في أن المالك ماتَ، وتَرَكَها ميراثًا له: أُمِرَ بالدفع إليه.

ولو ادَّعَى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاءَ الدائنِ، ولا بيّنةَ له: أُمِرَ بدفعه إليه، ولا يَستحلِفه أنه ما يَعلَم استيفاءَ مُوكِّله، بل يَتبَع ربُّ الدين ويَستحلِفه أنه ما استَوْفَى.

ولو ادَّعى البائع على وكيل الردِّ بالعيب أن مُوكِّله رَضِيَ به: لا يُؤمَر ....

يعني: لو ادعى أنه اشترى الوديعة من مالكها، وصدَّقه المُودَع: لم يؤمر بدفعها إليه؛ لأنه ما دام حيًّا كان إقرارا بملك الغير؛ لأنه من أهله، فلا يُصدَّقان في دعوى البيع عليه[١٠١/أ].

(**ولو صَدَّقَه في أن المالك ماتَ، وتَرَكَها**) أي: الوديعة (**ميراثًا له: أُمِرَ بالدفع إليه**[(١)]) إذا لم يكن على الميت دينٌ مستغرقٌ، فلو أنكر موته أو قال: «لا أدري»: لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم تَقُم البينة.

هذه المسألة قد تقدمت في أواخر «القضاء»، فكان ذكرها هنا تكرارا، تدبَّرْ.

(**ولو ادَّعَى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاءَ الدائنِ ولا بيّنةَ له**) أي: للمديون على استيفاء الدائن: (**أُمِرَ بدفعه إليه**) أي: أُمِر الغريم بدفع المال الذي عليه إلى الوكيل؛ لأن الوكالة قد ثبتت، والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه، فلا يؤخر الحق.

وقد جعلوا دعواه الإيفاءَ لرب الدين جوابا للوكيل إقرارا بالدين وبالوكالة، وإلا: لَما اشتغل بذلك؛ كما: إذا طلب من الدائن، وادعى الإيفاء: فإنه يكون إقرارا بالدين، وكما: إذا أجاب المدَّعي، ثم ادعى الغلط في بعض الحدود: فإنه لا يقبل؛ لأن جوابه تسليم للحدود كما في «المنح»[(٢)].

(**ولا يَستحلِفه**) أي: الوكيل (**أنه ما يَعلَم استيفاءَ مُوكِّله**) الدين؛ لأنه نائب عن الموكل، والنائبُ لا يجري عليه الحلف، خلافا لزفر، (**بل يَتبَع**) الغريم بعدما دفَع المال إلى الوكيل (**ربُّ الدين، ويَستحلِفه**) أي: رب الدين (**أنه ما استَوْفَى**)، فإن حلف: بقي الحكم على حاله، ولو نكل: بطل الحكم، فيستردُّ فيه ما قبَض.

(**ولو ادَّعى البائع على وكيل الردِّ بالعيب أن مُوكِّله رَضِيَ به**) أي: بالعيب: (**لا يُؤمَر**

---

(١) وفي «التسهيل» (ص: ٩٦٠): فيه إقرار على الغير بالموت، فينبغي أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي، انتهى. وفيه كلام؛ لأن الثبوت عند القاضي يستلزم أن يكون منكرا وهو مقر، فكيف يحتاج الثبوت، تدبَّرْ. (داماد، منه).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٤٤/أ).

بدفع الثمن قبْلَ حلفِ المشتري.

ومن دَفَعَ إليه آخَرُ عشرةً يُنفِقها على أهله، فأنفَقَ عليهم عشرةً من عندِه: فهي بها....

بدفع الثمن قبْلَ حلفِ المشتري).

والفرق بين هذه وما تقدم من مسألة الدين: أن التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عن نكوله، وههنا غير ممكن؛ لأن القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة وإن ظهر الخطأ عند الإمام كما هو مذهبه في العقود والفسوخ، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك؛ لأنه لا يفيد، وأما عندهما: فيجب أن يتَّحد الجواب في الفصلين ولا يُؤخِّر؛ لأن التدارك ممكن عندهما؛ لبطلان القضاء.

وقيل: الأصح عند أبي يوسف: أن يؤخر في الفصلين.

وفي «المنح»: فلو ردَّها الوكيل على البائع بالعيب في هذه المسألة، فحضر الموكل، وصدَّقه على الرضى: كانت له لا للبائع عند الكل على «الأصح»[1].

(ومن دَفَعَ إليه) رجلٌ (آخَرُ عشرةَ) دراهمَ (يُنفِقها على أهله[2]، فأنفَقَ عليهم) أي: على أهله (عشرةً) أخرى (من عندِه: فهي بها) أي: العشرة بعشرة؛ لأن الوكيل بالإنفاق وكيلٌ بالشراء، وحكمه كذلك.

قيل: هذا استحسان.

وفي القياس وهو قول الأئمة الثلاثة: ليس له ذلك، فيصير متبرعا؛ لأنه خالف أمره.

وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين؛ لأنه ليس بشراء، وأما الإنفاق: فيتضمن الشراء، فلا يدخلانه كما في «الإصلاح»[3].

وظاهر كلامه: أنه أنفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل، ولذا قال في «النهاية»: هذا إذا كانت عشرة الدافعِ قائمة وقت الإنفاق، وكان يضيف العقد إليها أو يُطلِق، أما إذا كانت مستهلكة، أو أضاف العقد إلى عشرة نفسه: يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالإنفاق؛ لأن

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٤٤/أ-١٤٤/ب).

(٢) قوله: «والأهل» ليس بقيد احترازي؛ لأنه لا فرق بين الوكيل بالإنفاق في البيت والوكيل بالإنفاق في البناء. (داماد، منه).

(٣) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢٣٩).

باب عزل الوكيل: للمُوكِّل عزلُ وكيلِه إلا إذا تَعلَّق به حقُّ الغيرِ كوكيلِ الخصومةِ بطلب الخصم.

ويَتوقَّف انعزالُه على علمِه. فتصرُّفُه قبْلَه صحيحٌ.

الدراهم تتعيَّن في الوكالة[1].

وفي «التنوير»: وصيٌّ أنفق من ماله، ومالُ اليتيم غائب: فهو -أي: الوصي- متطوع في الإنفاق، إلا أن يشهد على أن ما أنفقه قرضٌ عليه أو أنه يرجع عليه: فلا يكون متطوعا، وله أن يرجع[2].

(باب عزل الوكيل)

وجهُ تأخيرِه ظاهرٌ.

(**للمُوكِّلِ عزلُ وكيلِه**) عن الوكالة؛ لأنها حقه، فله أن يُبطِله (**إلا إذا تَعلَّق به**) أي: بالتوكيل (**حقُّ الغيرِ كوكيلِ الخصومةِ بطلب الخصم**): فلا يملك عزله، فيصير كالوكالة المشروطة في عقد الرهن ومال الوقف.

وفيه إشارة:

* إلى أنه: لو علَّق وكالته بالشرط، ثم عزله قبل وجوده: صحَّ، وعليه الفتوى كما في «القهستاني»[3].

* وإلى أنه بطل تعليق العزل بالشرط[١٠١/ب].

(**ويَتوقَّف انعزالُه**) أي: انعزال الوكيل[4] (**على علمِه**) أي: علم الوكيل.

ثم فرَّعه بقوله:

(**فتصرُّفُه**) أي: تصرف الوكيل (**قبْلَه**) أي: قبل العلم بانعزاله (**صحيحٌ**)؛ لأن في انعزاله بغير علم إضرارا به؛ إذ ربما يتصرف على أنه وكيل، فتَلحَقه العهدة، وكذا لو عزل الوكيل

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/١٩٨/أ).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٠).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٣١).

(٤) وصورته: أن يقول له: «إني أخاف أن تغيب، فوكِّلْ وكيلا: «إن غبتَ: أخاصمه، فيقضى لي عليك»» فوكَّل وكيلا: فإنه حينئذ تعلق بهذه الوكالة حق الطالب، فلا يملك عزله إلا بعلمه. (داماد، منه).

....

نفسه: لا يجوز بدون علم الموكل.

وعند **الأئمة الثلاثة**: ينعزل الوكيل بلا علم منه[1]، إلا في قول عنهم.

* ولو جحَد الموكل الوكالة، فقال: «لم أُوكِّلك»: لا يكون عزلا إلا أن يقول: «والله لا أُوكِّلك بشيء».

* ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله: «عزلتك وأخرجتك عن الوكالة»، وبكتابته وإرساله؛ رسولا عدلا أو غير عدل، حرا أو عبدا، صغيرا أو كبيرا؛ إذا قال الرسولُ الموكلُ: «أَرسَلَني إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته».

* ولو أخبره فضوليٌّ بالعزل: فلا بد أحد شرطي الشهادة؛ إما العدد، أو العدالة.

وفي «الدرر»:

* قال: «وكَّلتُك بكذا على أني متى عزلتُك فأنت وكيلي»؛ فإنه إذا عزله: لم ينعزل، بل كان وكيلا له، ويسمى هذا: «**وكيلا دوريا**»، ولو أراد عزله بحيث يخرج عن الوكالة: يقول في عزله: «عزلتُك، ثم عزلتُك»؛ فإنه ينعزل.

* ولو قال: «كلما عزلتُك: فأنت وكيلي»: لا يكون معزولا، بل كلما عزل: كان وكيلا، فإذا أراد أن يعزله: يقول: «رجعت عن الوكالة المعلقة، وعزلتك عن المنجزة»، فحينئذ

---

(١) قال الشيرازي في «المهذب» (١٧٧/٢): وإن وكَّل رجلا في تصرف، ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل: ففيه قولان:
أحدهما: لا ينعزل، فإن تصرَّف: صح تصرفه؛ لأنه أمر، فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع.
والثاني: أنه ينعزل، فإن تصرَّف: لم ينفذ تصرفه. اهـ.
وقال الخرشي في «شرح مختصر الخليل» (٨٦/٦): الموكل إذا عزَل وكيله، ولم يعلم الوكيل بذلك؛ هل ينعزل بمجرد عزله أو لا ينعزل إلا بعد علمه بالعزل: في ذلك خلاف، وفائدته: لو تصرَّف الوكيل بعد العزل وقبل العلم ببيع أو شراء أو نحو ذلك؛ هل يلزم الموكل؛ لأن الوكيل معذور بعدم العلم، أو لا يلزمه؛ لأن الوكيل قد انعزل. اهـ.
وقال ابن قدامة في «الكافي» (١٤٣/٢): عزل الوكيل، فهل ينعزل قبل علمه؟ فيه روايتان:
إحداهما: ينعزل؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه، فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق.
والثانية: لا ينعزل؛ لأنه أمر، فلا يسقط قبل علمه بالنهي.

وتَبطُل الوكالةُ بموت المُوكِّل، وجنونِه مُطبِقا؛ وحدُّه: شهرٌ عند أبي يوسف، وحولٌ عند محمد وهو المختار، وبلحاقِه بدار الحرب مرتدًّا خلافا لهما.........

ينعزل[١]؛ لأن ما لا يكون لازما يصلح الرجوع عنه، والوكالة منه كما في «التبيين»[٢].

وفي «التنوير»: وكَّله بقبض الدين: ملك عزله إنْ بغير حضرة المديون، وإن وكَّله بحضرته: لا إلا إذا علم به المديون، فلو دفع المديون دينه إلى الوكيل قبل علمه بعزله: يَبرَأ[٣].

(**وتَبطُل الوكالةُ بموت المُوكِّل**).

هذا أولى من عبارة «الوقاية»: «بموت أحدهما»؛ لأنه قال صاحب الدرر: «ولما لم يكن لذكر الوكيل هنا فائدة: تركته، لكن يمكن أن الوكيل لو مات: فحق الرد بالعيب لوارثه أو وصيِّه، وإن لم يكن: فللموكل في رواية، ولوصي القاضي في أخرى كما في «القهستاني»[٤]، ففيه فائدة.

(**وجنونِه**) أي: جنون الموكل، وكذا جنون الوكيل (**مُطبِقا**) أي: مستوعبا، (**وحدُّه**) أي: حد المطبق: (**شهرٌ عند أبي يوسف**)، وكذا عند **الإمام** في قولٍ، وعليه الفتوى كما في «المضمرات»[٥]، (**وحولٌ عند محمد**)، وكذا عند **الإمام** في قولٍ؛ (**وهو المختار**)؛ لأنه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاةِ، فقُدِّر به احتياطا.

(و) تَبطُل (**بلحاقِه**) أي: لحاق الموكل (**بدار الحرب مرتدًّا**) عند **الإمام**؛ لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته، وإن قُتِل أو لَحِق بدار الحرب: بطلت الوكالة.

(**خلافا لهما**)؛ فإن تصرفاته نافذة عندهما إلا أن يموتَ أو يُقتَل على ردته أو يُحكَمَ بلحاقه حتى يستقرَّ أمر اللحاق، فلو عاد من دار الحرب مُسلِما ولم يُحكَم بلحاقه: تَعود الوكالة عندهم، وإن حُكِم ثم عاد: تعود الوكالة عند محمد، خلافا لأبي يوسف كما في «القهستاني»[٦].

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٩٥).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٨٧).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (٤/٢٨٧).

(٤) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٣١)، و«الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٣١)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٩٤).

(٥) «جامع المضمرات» للكادوري (٣/٢٥٠-٢٥١).

(٦) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٣١).

وكذا بعجز مُوكِّله مكاتبًا، وحجرِه مأذونًا، وافتراقِ الشريكَيْن، وتصرُّفِ المُوكِّلِ فيما وَكَّلَ به.

وفي «المنح»: فظاهر كلام «الكنز» وغيره من المتون: «أن كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه»، وليس كذلك، بل لا بد من استثناء مسائلَ من هذا الأصل، فقال: إلا إذا وكَّل الراهنُ العدل أو المرتهن ببيع المرتهن عند حلول الأجل: فلا ينعزل بموت الموكل وجنونِه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء[1]، وتمامه فيه، فليراجع.

(**وكذا**) تَبطل وكالته (**بعجز مُوكِّله**) حال كون الموكل (**مكاتبًا**) أي: إذا وكَّل مكاتبٌ وكيلا بالبيع -مثلا-، ثم صار رقيقا بعجزه عن أداء بدل الكتابة: بطل وكالة وكيله؛ لأنه وقع تصرُّفه في مال الغير بلا أمره، (**وحجرِه**) أي: حجر الموكل حال كونه عبدا (**مأذونًا**)، ولا فرق فيه بين العلم وعدمه؛ لأنه عزلٌ حكميٌّ، فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه موكله.

وفي «القهستاني»: وإنما فصَّل بكذا؛ للتنبيه على العامل البعيد، لا لِما ظُنَّ: أن في ما بعده لم يشترط علم الوكيل، وفيه إشعار بأن المكاتبَ أو المأذونَ إذا وكَّل رجلا بالتقاضي أو الخصومة: لم تبطل وكالته بالعجز أو الحجر كما في «النهاية»[2].

(**و**) تَبطل الوكالة في حق من لم يُوكِّل صريحا من الشريكَيْن بسبب (**افتراقِ**) هذين (**الشريكَيْن**) عن الشركة؛ أي: يثبت عزل الوكيل بافتراقهما، ولا يتوقف على علم الوكيل؛ لِما مرَّ: أنه عزلٌ حكميٌّ، والعلم شرطٌ للعزل الحقيقي.

وإطلاقه شامل ما إذا افترقا ببطلان الشركة بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء: فتبطل الوكالة الضمنية، وأما إذا وكَّل الشريكان أو أحدُهما وكيلا للتصرف في المال، فلو افترقا: فانعزل في حق غير الموكل منهما إذا لم يُصرِّحا بالإذن في التوكيل، وتمامه في «البحر»[3]، فليطالع.

(**وتصرُّفِ**) -هو بالجر- أي: وكذا تَبطل الوكالة بتصرف (**المُوكِّلِ فيما وَكَّلَ به**) تصرفا يَعجز الوكيل عن الامتثال به[١٠٢/أ]؛ كما إذا وكَّله بإعتاق عبدِه أو كتابتِه أو تزويج امرأةٍ أو شراءِ شيءٍ أو طلاقٍ أو خُلعٍ أو بيعِ عبدٍ، فأعتَقَ أو كاتَبَ أو زوَّج أو طلَّق ثلاثًا أو واحدةً

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٤٥/ب-١٤٦/أ)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٩٣)، و«المختار» للموصلي (٢٧٩).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٣١)، و«النهاية» للسغناقي (٢/٢٠٠/أ).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١٩٠).

ولا يُشترَط في الموت وما بعده ....

ومضت عدَّتُها أو خالَعَها أو باعَ بنفسه؛ فإن الموكل لو فعل واحدا منها بنفسه: عجز الوكيل عن ذلك الفعل، فتبطل الوكالة ضرورة، حتى: إن الموكل إذا طلَّقها واحدة والعدة قائمة: بَقِيت الوكالة؛ لإمكان تنفيذ ما وُكِّل به، ولو تزوَّجها بنفسه وأبانها: لم يكن للوكيل أن يُزوِّجها منه؛ لزوال حاجته، بخلاف ما: لو تزوَّجها الوكيل، وأبانَها: حيث يكون له أن يُزوِّج الموكل؛ لأن الحاجة باقيةٌ كما في «الدرر»[1].

وفي «المنح»:

* وتعود الوكالة إذا عاد إلى الموكل قديمُ ملكِه؛ فلو وكَّله بالبيع، فباعه الموكل، ثم ردُّ عليه بما هو فسخٌ: فالوكيل على وكالته، وإن رد بما لا يكون فسخا: لا تعود الوكالة؛ كما: لو وكَّله في هبة شيء، ثم وهَبه الموكل، ثم رجع في هبته: لم يكن للوكيل الهبة، ولو وكَّله بالبيع، ثم رهَنه الموكل أو آجَره، فسلَّمه: فهو على وكالته في ظاهر الرواية.

* ولو وكَّله أن يؤاجر داره، ثم آجَرها الموكل بنفسه، ثم انفسخت الإجارة: يعود على وكالته.

* ولو وكَّله ببيع داره، ثم بنى فيها: فهو رجوع عنها عند الطرفين، لا التخصيص.

والوصية بمنزلة الوكالة أو بقي أثر ملكه؛ كما: لو طلَّق امرأته: فهي في العدة؛ فإن تصرُّف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الثاني في العدة وهي أثر ملكه كما تقدَّم[2]، انتهى.

لكن في قوله: «أو بقي» شيئان:

* **الأول**: أنه معطوف على قوله: «عاد»، وهو ظرف للعود ولا عود في صورة بقاء الأثر.

* **والثاني**: أنه يلزم التكرار بما سبق من قوله: «وبتصرُّفه بنفسه كما: لو طلَّق امرأته: فهي في العدة...» إلى آخره، تدبَّرْ.

(**ولا يُشترَط في الموت وما بعده**) من الجنون واللحاق والعجز وافتراق الشريكين

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٩٤).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٤٦/ب)، و«الأصل» للإمام محمد (١١/٢٧٧)، و«الفتاوى البزازية» (٢/١٣٧).

علمُ الوكيلِ.

وتصرف الموكل فيما وكَّل به **(علمُ الوكيلِ)**؛ لِما مرَّ: أن العلم شرط للعزل القصدي، لا للعزل الحكمي كما في أكثر المعتبرات[1].

قال يعقوب باشا: وهنا كلام، وهو: أن في «الكافي» مسألة تدل على اشتراط العلم في العزل الحكمي أيضا[2]، وتمامه فيه، فليطالع.

** ** **

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني (٣٧/٦)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢٩٣/٢)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (١٨٧/٧).

(٢) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١٠٦/أ)، و«الكافي شرح الوافي» للنسفي (١٤٦/٢/ب).

(كتاب الدعوى)

لمَّا كانت «الوكالة بالخصومة» لأجل الدعوى: ذكَر «الدعوى» عقيب الوكالة.

هي واحدة «الدَّعاوى» بفتح الواو وكسرها، وبعضهم قال: الفتح أولى، وبعضُهم: الكسر أولى، ومنهم من سوَّى بينهما.

وفي «الكافي»: يقال: «ادَّعى زيدٌ على عمرو مالا»؛ فزيدٌ: «**المدَّعي**»، وعمرٌو: «**المدَّعى عليه**»، والمالُ: «**المدَّعى**»، و«المدَّعى به» خطأٌ، والمصدر: «**الادعاء**»؛ «افتعال» من «دعا»، و«الدعوى» على وزن «فَعْلى»: اسم منه، وألِفُها للتأنيث، فلا يُنوَّن، يقال: «دعوى باطلةٌ» أو «... صحيحةٌ»، وجمعُها: «دعاوَى» بفتح الواو لا غير؛ كـ«فتوى وفتاوى»، و«الدعوى في الحرب»: أن يقول الناس بالفلان[١]، انتهى.

ثم اعلم أنها مشروعة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة[٢].

(**هي**) أي: الدعوى:

* **في اللغة**: عبارة عن: «إضافة الشيء إلى نفسه حال المسالمة أو المنازعة»، مأخوذ من قولهم: «ادَّعى» إذا أضاف الشيء إلى نفسه بأن قال: «لي ومنه دعوة الولد».

* **وفي الشرع**: يراد به «إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة لا غير» كما في «المبسوط»[٣].

---

(١) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٤٧/ب).

(٢) **أما الكتاب**: فقوله تعالى في قصة داود عليه السلام: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠]، روي عن علي ﷺ في تفسير ﴿وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾: أنه البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وهذا وإن كان شريعةَ مَن قبلَنا: يلزمنا على أنه شريعة رسولنا ما لم يَرِد به النسخ، **وأما السنة**: فالحديث المشهور هو: «**البينة للمدعي واليمين على من أنكر**»، **وأما الإجماع**: فظاهر. (**داماد، منه**).
أما تفسير علي ﷺ: فقد أورده الثعلبي في «الكشف والبيان» (٨/١٨٤)، والبغوي في «تفسيره» (٤/٥٨) عنه ﷺ، وأخرجه الطبري في «تفسيره» (٢٠/٥٠) من قول شريح، والطبري في «تفسيره» (٢٠/٥١) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٤٢٩/٢١٢٠٨) من قول قتادة، وعزاه أيضا أبو الليث السمرقندي في «بحر العلوم» (٣/١٦٢) إلى الحسن البصري.
وأما حديث: «**البينة للمدعي واليمين على من أنكر**»: فسيجيء تخريجه إن شاء الله.

(٣) لم نجده في «المبسوط».

هي: «إخبارٌ بحقٍّ له على غيره». و«المدَّعي»: من لا يُجبَر على الخصومة، و«المدَّعى عليه»: من يُجبَر.

وقيل: هي في اللغة: قولٌ يَقصد به الإنسان إيجابَ حقٍّ على غيره، وفي الشرع: ما اختاره المصنف تبعا لـ«الوقاية»[1] بقوله:

(«**إخبارٌ**) عند القاضي، أو الحكمُ؛ فإنه شرط كما في «الكافي» وغيره[2] (**بحقٍّ**) معلومٍ؛ فإنه شرط (**له**) أي: للمخبر (**على غيره**») أي: على غير المخبر الحاضر؛ لِما في «التنوير» وغيره: وشرطُها: مجلس القاضي، وحضور خصمٍ، ومعلوميَّةُ المدَّعي، وكونُها ملزمة[3]، وكون المدَّعى مما يحتمل الثبوت، فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة[4]، انتهى.

فعلى هذا إطلاق المصنف لا يخلو عن شيء كما في «القهستاني»[5] إلا أن يقال: عدمُ تقييده بالحضور؛ لكون حضور مجلس القاضي مأخوذا في مفهوم الدعوى، وهي: مطالبة حقٍّ عند من له الخلاص، ولئلا يخرج عن التعريف بلا تكلُّف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضي إلى القاضي في مجلس القاضي الكاتب؛ فإنه دعوى صحيحةٌ حتى يَكتب في الكتاب غِبَّ الاستشهاد بالدعوى الصحيحة الصادرة إلى آخره، مع أنه إخبار بحقٍّ له على غيره وليس بحاضر، وأما عدم تقييده بمجلس القضاء: فلأنه جعله شرطا، وشرطُ الشيء خارجٌ عن ذلك الشيء، تأمَّلْ[١٠٢/ب].

(و«**المدَّعي**»[6]) شرعا: (**من لا يُجبَر**) أي: لا يُكرَه (**على**) هذه (**الخصومة**) أي: المخاصمةِ وطلبِ الحق، فلا يشكل بما كان فيه مخاصما من وجه آخر؛ كما: إذا قال: «قضيت الدين بعد الدعوى»: فإنه لا يجبر على هذه الخصومة إذا تركها.

(و«**المدَّعى عليه**»: **من يُجبَر**) على هذه الخصومةِ والجوابِ؛ لكونه منكرا معنًى ولو مدَّعيًا صورةً، ولذا قال محمد في «الأصل»: «المدَّعى عليه هو: المنكر»[7]، وهو الصحيح؛

---

(١) «الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٣٢).

(٢) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٤٧/ب)، و«الاختيار» للموصلي (٢/١٠٩).

(٣) قوله: «كونها ملزمة»؛ أي: يلزمه شيئا على الخصم بعد ثبوتها، وإلا: كان عبثا لا يقدم عليه. (داماد، منه).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٢)، و«البناية» للعيني (٨/١٥٣).

(٥) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٥٨).

(٦) ولم يقل: «المدَّعِي هو: المخبر بحقٍّ له على غيره»؛ لظهوره من تفسير الدعوى. (داماد، منه).

(٧) «الأصل» للإمام محمد (٧/٥٧٥).

إذ الاعتبار للمعاني، فلا يشكل بوصي اليتيم؛ فإنه مدَّعى عليه معنًى فيما إذا أَجبَر القاضي على الخصومة لليتيم كما في «القهستاني»[1].

وإنما عرَّفهما بذلك، وعدَل عما يقتضي التعريف؛ إشارةً إلى اختلاف المشايخ فيهما:

* فقيل: «**المدَّعي**»: من إذا تَرَك تُرِك، و«**المدَّعى عليه**» خلافه، وهذا حاصلُ ما ذُكر في هذا المتن.

قال أبو المكارم: والتعريف المذكور وإن كان عاما صحيحا كما قال في «الهداية»[2]، لكنه تعريف له بما هو حكمه، انتهى.

* وقيل: «**المدَّعي**»: من لا حجة له عليه، و«**المدَّعى عليه**» خلاف هذا، ولذا يقال لمسيلمة الكذاب: «مدَّعي النبوة»، ولا يقال لرسولنا ﷺ.

* وقيل: «**المدَّعي**»: من لا يستحق إلا ببينة، و«**المدَّعى عليه**»: من يكون مستحقا بلا حجة؛ إذ بقوله: «هو لي» يكون له على ما كان ما لم يثبت المدَّعي استحقاقه.

* قيل: «**المدَّعي**»: من يَلتمس خلاف الظاهر، وهو: الأمر الحادث، و«**المدَّعى عليه**»: من يتمسك بالظاهر كالعدم الأصلي، انتهى؛ إذ لا يَعرِض على من له اليد حقُّ المدَّعي بمجرد دعواه كما لا يعرض الوجود على العدم الأصلي، فلم يَلزَم عليه ما قال بعض الفضلاء.

* ومنهم من قال: «**المدَّعي**»: من يلتمس خلاف الظاهر، ولا يلزم أن يكون أمرا حادثا، و«**المدَّعى عليه**»: من يتمسك بالظاهر، ولا يلزم أن يكون عدما أصليا، انتهى؛ لأن المراد بـ«الأمر الحادث»: كونُه محتاجا إلى الدليل في ظهوره ووجوده، وبـ«العدم الأصلي»: عدمُ كونه محتاجا إليه أصلا، فالمُودَع الذي يدعي رد الوديعة إلى المُودِع لا يكون مدَّعيًا حقيقة، وكذا لا يكون المُودِع بإنكاره الرد منكرا حقيقة؛ لأنه بإنكاره يدعي شغل ذمة المُودَع معنًى، وكذا المودع بادعائه الرد يُنكِر الشغل معنًى؛ ليُفرِغ ذمته عن الضمان، فيُجبَر على الخصومة فيما أنكره معنًى من الضمان؛ لكونه مدَّعى عليه، فيُصدَّق قوله مع اليمين؛ إذ الاعتبار للمعاني دون الصور كما في «شرح الوقاية» لابن الشيخ.

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٥٨).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٥٤).

ولا تصحُّ الدعوى إلا بذكرِ شيءٍ عُلِم جنسُه وقدرُه. فإن كان دَينا: ذَكَرَ أنه يُطالِبه به، وإن كان عينًا نقليًا: ذَكَرَ أنها في يد المدَّعى عليه بغير حقٍّ، وأنه يُطالِبه بها. ولا بُدَّ من إحضارها إن أَمكَنَ؛ ليُشارَ إليها عند الدعوى وعند الشهادة أو الحلف، ....

(**ولا تصحُّ الدعوى إلا بذكرِ شيءٍ**) أي: قول دينٍ أو عينٍ (**عُلِم جنسُه**) أي: جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها، (**وقدرُه**) مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كُرًّا.

قيل: لا بد أيضا من ذكرِ وصفِه بأنه جيد أو رديء في دعوى الدين؛ إذ هو يُعرَف به؛ لأن إلزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذِّرٌ، وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن، بخلاف العين كما سيجيء.

وفيه إشارة إلى أنه: لو كتَب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها: لا تُسمَع كما في «القهستاني»[1]، فإن عجَز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتَب: فتُسمَع كما في «الخزانة».

(**فإن كان**) المدَّعى (**دَينا**) أي: حقا في الذمة: (**ذَكَرَ**) المدَّعي (**أنه يُطالِبه به**) أي: أن المدَّعيَ يُطالِب المدَّعى عليه بالدين؛ لأن فائدة الدعوى إجبار القاضي المدَّعى عليه على إيفاء حق المدَّعي، وليس للقاضي ذلك، إلا إذا طالبه به: فامتنع.

(**وإن كان**) المدَّعى (**عينًا نقليًا**) أي: منقولا: (**ذَكَرَ**) المدَّعي (**أنها**) أي: العين (**في يد المدَّعى عليه بغير حقٍّ**)؛ دفعا لاحتمال أن يكون مرهونا أو محبوسا بالثمن في يده.

قال صدر الشريعة: هذه العلة تشمل العقار أيضا، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم[2].

وفي «حاشية يعقوب باشا» جواب عن طرف صاحب «الدرر» واعتراض عليه[3]، فليطالع.

(**وأنه**) أي: المدَّعي (**يُطالِبه**) أي: المدَّعى عليه (**بها**) أي: بالعين.

(**ولا بُدَّ من إحضارها**) أي: يُكلَّف إحضار العين المنقولة (**إن أَمكَنَ**) الإحضار؛ (**ليُشارَ إليها**) إي: إلى العين (**عند الدعوى وعند الشهادة أو الحلف**)؛ لأن الإعلام بأقصى ما يمكن

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٥٨).

(٢) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٤/١٨٥).

(٣) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١٠٦/ب).

وإن تعذَّر: يَذكُر قيمتَها.

شرط، وذلك بالإشارة في المنقول؛ لأن النقل ممكن، والإشارةُ أبلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرَّحى ونحوِه: حضر الحاكم عندها أو بعث أمينا كما في «البحر» وغيره[1].

لكن على رواية، وإلا: فقوله: «وإن تعذَّر: يذكر قيمتها» يُغنِي عنه، تدبَّرْ.

وفي «المجتبى» معزيًّا إلى الإسبيجابي في مسألة الشاهدين: إذا شهدَا على سرقة بقرة، واختلفَا في لونها: تقبل الشهادة، خلافا لهما.

ثم قال: وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى، ولو شرَط: لَأُحضِرت، ولَما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها.

ثم قال: وهذه المسألة الناسُ عنها غافلون، لكن ليس في ذلك دليل على ما ذكَر؛ لأنها إذا كانت غائبة: لا يشترط إحضارها، والقيمة كافية كما في «البحر»[2][١٠٣/أ].

(**وإن تَعذَّر**) أي: تعذر إحضار المنقولات بأن كانت هالكة أو غائبة: (**يَذكُر قيمتَها**)؛ ليصير المدَّعى معلوما بها؛ لأن الغائب لا يُعرَف إلا بالوصف والقيمة.

قال أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكرُ الذكورة والأنوثة في الدابة.

هذا إذا ادعى العين، أما إذا ادعى قيمة شيءٍ مستهلَكٍ: فلا بد من بيان جنسه ونوعه.

واختلفوا في بيان الذكورة والأنوثة في الدابة:

قال العمادي: ادَّعى أعيانا مختلفةَ الجنسِ والنوعِ والصفةِ، وذكَر قيمة الكل، ولم يذكر قيمة عينٍ على حدة: اختلف المشايخ فيه: بعضهم شرَط التفصيل، وبعضهم اكتفى بالإجمال، وهو الصحيح؛ لأنه لو قال: «غصب مني عينًا كذا، ولا أدري أنه هالك أو قائم، ولا أدري كم كانت قيمته»: ذكَر في عامة الكتب: أنه تُسمَع دعواه[3]؛ لأن الإنسان ربما لا يَعرِف قيمة ماله، فلو كُلِّف بيان القيمة: لتَضرَّر به[4] ....

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٩٦/٧)، و«حاشية الشلبي» (٢٩٢/٤).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٩٦/٧).

(٣) «المحيط البرهاني» لابن مازة (١٢/٩)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٩٢/٤)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٣٣١/٢).

(٤) وفي «الدرر» (٣٣١/٢): أقول: فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجُّهُ اليمين =

وفي العَقار لا يُحتاج إلى قوله: «بغير حقٍّ». ولا تَثبُت اليد فيه بتصادُقِهما، بل ببيّنةٍ أو علمِ القاضي ....

كما في «الكافي»[١]؛ فإن عجز عن ردها: كان القول في مقدار القيمة قولَ الغاصب، فلمَّا صحَّ دعوى الغصب من غير بيان القيمة: فلَأَن يصحَّ إذا بيَّن قيمة الكل جملة كان أولى.

وفي «التبيين»: فإذا سقط بيان القيمة عن المدَّعي: سقط عن الشهود أيضا، بل أولى[٢].

وقيل: يشترط ذكر القيمة إذا كانت الدعوى سرقة؛ ليعلم أن السرقة كانت نصابا، فأما فيما سوى ذلك: فلا يشترط كما في «الجامع»[٣].

وفي «التنوير»: وفي دعوى الإيداع لا بد من بيان مكانه؛ سواء كان له حمل أو لا، وفي الغصب إن كان له حمل ومؤنة: فلا بد من بيان موضع الغصب، وإلا: لا، وفي دعوى المثليّات لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجود[٤].

(**وفي العَقار لا يُحتاج إلى قوله**: «بغير حقٍّ») كما يحتاج إليه في المنقول، ولكن يَذكر أن العقار في يده؛ لأن المدَّعى عليه لا يكون خصما، إلا إذا كان العقار في يده: فلا بد من إثباته، لكن سؤال صدر الشريعة باقٍ على ما قاله يعقوب باشا في «حاشيته»[٥]، ويؤيد ما في «القهستاني» من قوله: «ويزيده في العقار أيضا عند بعض المشايخ كما في قاضي خان والخزانة وهو المختار عند كثير»[٦]، انتهى.

لكن اختلف المشايخ في الفتوى كما سيأتي، تتبَّعْ.

(**ولا تَثبُت اليد**) أي: يد المدَّعى عليه (**فيه**) أي: في العقار (**بتصادُقِهما**) أي: لا تثبت بتصادق المدَّعي والمدَّعى عليه على: «أنه في يده»، (**بل**) تثبت اليد فيه (**ببيّنةٍ**) بأن يشهد الشهود: «أنهم عايَنوا في يده»، حتى لو قالوا: «سمعنا ذلك»: لم تُقبَل، (**أو علمِ القاضي**) أنه

= على الخصم إذا أنكر، والجبر على البيان إذا أقرَّ أو نكل عن اليمين، فليتأمَّلْ. (داماد، منه).

(١) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٤٨/أ).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٩٢).

(٣) «الجامع الكبير» للإمام محمد (ص: ١٢٢).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٢).

(٥) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١٠٦/ب)، و«شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٤/١٨٥).

(٦) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٥٨)، و«الخانية» لقاضي خان (٢/٣٢٩).

في الصحيح. ولا بُدَّ فيه من ذكرِ البلدِ والمحلَّةِ والحدودِ الأربعةِ في الدعوى والشهادةِ وأسماءِ أصحابها ونَسبِهم إلى الجد. ....

في يده؛ لاحتمال كون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك، بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه مشاهدة، فلا حاجة إلى البينة ولا إلى العلم، بل تثبت بتصادُقهما (**في الصحيح**): احتراز عما قيل: إن اليد تصح بالإقرار، فلا حاجة إلى البينة ولا إلى العلم.

وفي «البحر»: شهدوا أنه ملكه، ولم يقولوا: «في يده بغير حق»: يُفتَى بالقبول.

قال الحلواني: اختلف فيه المشايخ، والصحيح: أنه لا تقبل؛ لأنه إن لم يثبت أنه في يده بغير حق: لا يمكنه المطالبة بالتسليم، وبه كان يفتي أكثر المشايخ.

وقيل: يقضى في المنقول لا في العقار حتى يقولوا: «إنه في يده بغير حق»، فالصحيح الذي عليه الفتوى: أنه تقبل في حق القضاء بالملك، لا في حق المطالبة بالتسليم[1]، وتمامه فيه[2]، فليراجع.

وفي «المنح»: وليس ما ذُكِر من اشتراط ثبوت اليد في العقار بالبينة أو العلم مطلقا في جميع الصُّوَر، بل إذا ادعى المدَّعي ملكا مطلقا في العقار، أما دعوى الغصب والشراء: فلا يشترط ثبوت اليد.

(**ولا بُدَّ فيه**) أي: في العقار (**من ذكرِ البلدِ والمحلَّةِ**).

وفي «الفصولين»: في دعوى العقار لا بد أن يذكر بلدة فيها العقار، ثم المحلة ثم السكة[3]؛ اختيارا لقول محمد؛ فإن مذهبه أن يبدأ بالأعم، ثم بالأخص، وقيل: يبدأ بالأخص، ثم بالأعم.

(**و**) لا بد من ذكرِ (**الحدودِ الأربعةِ في الدعوى والشهادةِ وأسماءِ أصحابها**) أي: أصحاب الحدود (**ونَسبِهم إلى الجد**)؛ ليتميزوا عن غيرهم؛ لأن تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهب الإمام، هذا إذا لم يكن مشهورا.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٠٠).

(٢) والفرق: أن دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره أيضا؛ فإنه يدعي عليه التمليك والتملك، هو كما يتحقق من ذي اليد يتحقق من غيره أيضا، فعدم ثبوت اليد بلا إقرار لا يمنع صحة الدعوى، أما دعوى الملك المطلق: فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد، وطلبُ إزالتها لا يتصور إلا من صاحب اليد، وبإقراره لا يثبت كونه ذي اليد لاحتمال المواضعة. (**داماد، منه**).

(٣) «جامع الفصولين» للشيخ بدر الدين (١/٤١).

وفي الرجل المشهور يُكتفَى بذكره؛ فإن ذَكَرَ ثلاثةً وتَرَكَ الرابع: صحَّ، وإن ذَكَرَه وغَلِطَ فيه: لا.

وإذا صحَّتْ: سَأَلَ القاضي الخصمَ عنها، فإن أقرَّ: حَكَمَ عليه، وإن أنكرَ:..........

(**وفي الرجل المشهور يُكتفَى بذكره**)؛ لحصول المقصود به؛ (**فإن ذَكَرَ ثلاثةً، وتَرَكَ الرابع: صحَّ**).

وقال زفر: لا؛ لأن التعريف لم يتم.

ولنا: أن للأكثر حكمَ الكل على أن الطول يُعرَف بذكر الحدَّيْن، والعرضَ بأحدهما، وقد يكون بثلاثة.

روي عن **أبي يوسف**: يكتفي الاثنان، وقيل: الواحد[١٠٣/ب].

(**وإن ذَكَرَه**) أي: الحد الرابع، (**وغَلِطَ فيه**) أي: في الحد الرابع: (**لا**) يصح؛ لأنه يختلف المدَّعي، ولا كذلك بتركه.

وفي «المنح»: وإنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد: «أني غلطت فيه»، أما لو ادعاه المدَّعى عليه: لا تُسمَع ولا تقبل بينته[١]، وتمامه فيه، فليطالع.

(**وإذا صحَّتْ**) أي: إذا جازت وقامت دعوى المدَّعي برعاية ما سبق: (**سَأَلَ القاضي الخصمَ**) أي: المدَّعى عليه (**عنها**) أي: عن دعواه؛ ليتضح وجه حكمه؛ لأن القضاء بالبينة يُخالِف القضاء بالإقرار.

ومعنى سؤاله: أن يقول: «خصمُك ادَّعى عليك كذا وكذا، فماذا تقول؟».

(**فإن أقرَّ**) أي: الخصم: (**حَكَمَ عليه**) أي: على الخصم أن يحكم القاضي بالخروج عن موجب ما أقرَّ به؛ لأن الإقرار حجة بنفسه، فلا يتوقف في صدقه على الحكم من القاضي، ولذا قال في «الإصلاح»: «فإن أقرَّ: فبها»[٢]، ولم يقل: «حكم».

(**وإن أَنكَرَ**) الخصمُ إنكارا صريحا، أو غيرَ صريح كما إذا قال: «لا أُقِرُّ ولا أُنكِر»؛ فإنه إنكار عندهم.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٤٨/ب).

(٢) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢٤٣).

سَأَلَ المدَّعيَ البيِّنةَ، فإن أقامَها، وإلا: حَلَّفَ الخصمَ إن طَلَبَه الخصمُ،...........

وما روي: «أنه إقرارٌ غيرُ ظاهرٍ، فيُحبَس حتى يقر»: فغلطٌ كما في «القهستاني»[1]، لكن قال السرخسي: وعند أبي يوسف: يحبس إلى أن يُجِيب[2].

وفي «البحر»: والفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما في «القنية» و«البزازية»، فلذا أفتيتُ بأنه يحبس إلا أن يجيب[3]، وتمامه فيه، فليراجع.

(**سَأَلَ**) القاضي (**المدَّعيَ البيِّنةَ**) في دعواه؛ (**فإن أقامَها**) أي: إن أقام المدَّعي البينة: يَحكُم القاضي على خصمه؛ لأنه نوَّر دعواه بالبينة، فهي «فيعلة» من «البيان» أو «البين»؛ إذ بها يَظهَر الحق من الباطل ويُفصَل بينهما، (**وإلا**) أي: وإن لم يُقِمها، بل عجز عن إقامتها: (**حَلَّفَ**) أي: حلَّف القاضي (**الخصمَ**) -وهو: المدَّعى عليه- (**إن طَلَبَه الخصمُ**[4]) أي: طلب المدَّعي تحليفَ المدَّعى عليه؛ لأنه ﷺ قال للمدَّعي: «**ألك بينة؟**»، فقال: «لا»، وقال: «**فلك يمينه**»، فقال: «يحلف ولا يبالي»، فقال عليه السلام: «**ليس لك إلا هذا؛ شاهداك، أو يمينه**»[5]، فصار اليمين حقا؛ لإضافته إليه، فاللام التمليك.

قيَّد بـ«تحليف القاضي»؛ لأن المدَّعى عليه لو حلف بطلب المدَّعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي: فذا ليس بتحليف؛ لأن التحليف حق القاضي، فلو بَرهَن عليه: تُقبَل، وإلا: يحلف ثانيا عند القاضي.

فلا يحلف قبل طلبه عند الطرفين في جميع الدعاوى، وكذا عند أبي يوسف إلا في مسائل في الرد بالعيب؛ يحلف المشتري: «بالله ما رضيتُ بالعيب»، والشفيعُ: «بالله ما أبطلتُ شفعتك»، والمرأةُ إذا طلبَتْ فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف: «بالله ما خلف لك زوجك شيئا، ولا أعطاك النفقة»، والمستحقُّ يحلف: «بالله ما بعتُ».

وأجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت: يُحلِّفه القاضي بلا طلب الوصي

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٦١).

(٢) لم نجده في «المبسوط»، ولعله موجود في كتاب آخر له.

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٠٣)، و«الفتاوى البزازية» (١/٥٣٠).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «خصمه».

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٥١٥)، ومسلم في «صحيحه» ٢٢٣-(١٣٩)، وأبو داود في «سننه» (٣٢٤٥)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٣١/١٥٤/١٨٨٦٣).

فإن حَلَفَ: انقَطَعتِ الخصومة حتى تقوم البيِّنةُ، وإن نكَلَ مرةً أو سَكَتَ بلا آفةٍ فقضَى بالنُّكول: صحَّ.

وعرضُ اليمينِ ثلاثا، ثم القضاءُ أحوَطُ. ....

والوارث[١].

(**فإن حَلَفَ**) المدَّعى عليه: (**انقَطَعتِ الخصومة حتى تقوم البيِّنةُ**) أي: إذا حلَف المدَّعى عليه: فالمدَّعي على دعواه، ولا يبطل حقه بيمينه، إلا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يُقم البينة على وفق دعواه، فإن أقامها بعد الحلف: تقبل؛ قال ﷺ: «**اليمين الفاجرة أحق أن تُردَّ بالبينة العادلة**»[٢]؛ ولأن طلب اليمين لا يدل على عدم البينة؛ لاحتمال أنها غائبة أو حاضرة في البلد ولم تحضر، ولأن اليمين بدل البينة، فإذا قدَر على الأصل: بطل حكم الحلف، فلا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من: «أن البينة لا تسمع بعد اليمين» كما في «الدرر» وغيره[٣].

(**وإن نكَلَ**) عن اليمين (**مرةً**) أي: قال: «لا أحلف»، (**أو سَكَتَ بلا آفةٍ**) من خرَس أو طرَش أو غيره؛ فإن السكوت بلا آفة نكولٌ حكما، هو الصحيح كما في «السراج»[٤]، (**فقَضَى**) أي: قضى القاضي له عليه بالمال (**بالنُّكول**) أي: بسبب الامتناع عنه: (**صحَّ**) ذلك القضاء؛ لأن النكول دلَّ على كونه باذلا أو مقرًّا؛ إذ لولا ذلك: لَأقدَمَ على اليمين؛ إقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه، فترجَّح هذا الجانب على جانب التورُّع في نكوله.

(**وعرضُ اليمينِ**) عليه (**ثلاثا**) بأن يقول له في كل مرة: «إني أعرِض عليك اليمين؛ فإن حلفتَ: وإلا: قضيتُ عليك بما ادَّعاه»، (**ثم القضاءُ**) على تقدير نكوله (**أحوَطُ**)؛ لِما فيه من المبالغة في الإنظار، ولا عبرة بعد القضاء بقوله: «أَحلِف»؛ لأنه أبطل حقَّه بالنكول، فلا ينقض به القضاء، ويعتبر قوله: «أَحلِف» قبل الحكم ولو بعد العرض ثلاثا.

---

(١) وكيفية تحليف القاضي بلا طلب الوصي والوارث: «بالله ما استوفيتَ من المديون ولا من أحد أدَّاه إليك، ولا قبَضه لك قابضٌ بأمرك، ولا أبرأتَه منه ولا شيئا منه، ولا أحلتَ بشيء من ذلك أحدا، ولا عندك به ولا بشيء منه رهنٌ». (داماد، منه).

(٢) علَّقه البخاري في «صحيحه» (١٨٠/٣) من قول طاوس، وإبراهيم، وشريح، وأخرجه ابن الجعد في «مسنده» (٢١٥٧/٣١٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢٠٧٣١/٣٠٧/١٠) من قول شريح، وذكره البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٢٠٠٧٣/٣٠٨/١٤) بلاغا عن عمر بن الخطاب وشريح.

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٣٧/٢)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٩٢/٤).

(٤) «السراج الوهاج» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٣٥٢/أ).

ولا تُرَدُّ يمينٌ على مدَّعٍ. ولا يُقضَى بشاهدٍ ويمينٍ.

وفيه إشعار بأنه لا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء، واتصل القضاء به، وبدونه لا يوجب شيئا كما في «التبيين»[١].

وفي «المجتبى»: يشترط أن يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ.

وقال الخصاف: لا يشترط حتى لو استمهله بعد العرض يوما أو يومين أو ثلاثة: فلا بأس به، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[٢].

وفي «المنح»: ولم أر فيه ترجيحا[٣].

وفي «البحر»: وأما المذهب: فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة، وهو الصحيح، والأول أولى[٤]، انتهى.

(**ولا تُرَدُّ يمينٌ على مدَّعٍ**) إذا نكل المدَّعى عليه عن اليمين.

وعند **الأئمة الثلاثة**: ترد عليه عند نكوله؛ فإن حلف: قضى له، وإلا: لا[٥].

(**ولا يُقضَى بشاهدٍ ويمينٍ**).

وقال **الشافعي**: لو أقام المدَّعي شاهدا واحدا، وعجز عن الآخر: ترد اليمين على المدَّعي؛ فإن حلف: قضى له، وإلا: لا؛ لأن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين[٦][٧].

ولنا: قوله صلى الله تعالى عليه وسلم: «**البينة للمدَّعي واليمين على من أنكر**»[٨]، وهذا

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٠٦/٤).

(٢) «البيان» للعمراني (١٠١/١٣)، و«الكافي» لابن قدامة (٢٣٨/٤).

(٣) لم نجده فيه، ولكن الحصكفي عزاه إليه في «الدر المختار» (ص: ٥١٢).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٠٧/٧).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٤٢٥/٧)، و«النوادر» للقيرواني (٢٤٢/٩)، و«الكافي» لابن قدامة (٢٣٨/٤).

(٦) أخرجه مسلم في «صحيحه» ٣-(١٧١٢)، وأبو داود في «سننه» (٣٦٠٨)، وابن ماجه في «سننه» (٢٣٧٠)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٢٢٢٤/٩٨/٤).

(٧) «روضة الطالبين» للنووي (٢٤/١٠).

(٨) أخرجه بلفظه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٢٠١/٤٢٧/١٠)، وأخرجه أيضا ابن المقرئ في «معجمه» (٦١٦/١٩٨)، والدارقطني في «سننه» (٣١٩١/١١٤/٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٤٤٥/٢١٣/٨) بزيادة : «إلا في القسامة».

ولا يُحلَّف في نكاحٍ ورجعةٍ وفَيءٍ وإيلاءٍ واستيلادٍ ....

الحديث مشهور كائن كالمتواتر، وحديث «الشاهد واليمين» غريب ضعَّفه الطحاوي[١]، وأول من قضى به معاوية ﷺ[٢]، ولم يقع العمل به إلى زمانه؛ لعدم الحاجة إليه، حتى لو قضى القاضي به: لا ينفذ[١٠٤/أ].

(ولا يُحلَّف في نكاحٍ) أي: نفس النكاح أو الرضى به أو الأمر به، فلو ادعى أحد من الزوجين بلا بينة نكاحا على الآخر وهو منكره.

(ورجعةٍ) بأن يدعي أحد الزوجين بعد العدة على الآخر: «أنه راجعها في العدة»، والآخرُ ينكرها، فإن ادعى الرجعة في العدة: يثبت بقوله في الحال كما في «القهستاني»[٣].

(وفَيءٍ وإيلاءٍ).

كذا في نسخة المصنف، لكن الأولى كما في سائر المتون[٤]: «وفيء إيلاء» بدون الواو؛ أي: في الرجوع في مدة الإيلاء بأن يدعي أحدهما على الآخر بعد مدة الإيلاء: «أنه فاءَ، ورجَع إليها في مدته»، والآخر منكر.

وفي «القهستاني»: فإن اختلفوا قبل المدة: ثَبَتَ الفيء بقوله[٥].

(واستيلادٍ) أي: طلبُ ولدٍ بأن يدعي أحد من الأمة والمولى أو الزوجة والزوج: «أنها ولدت منه ولدا حيا أو ميتا» كما في قاضي خان، لكن في المشاهير: أن دعوى الزوج والمولى لم يتصور؛ لأن النسب ثَبَتَ بإقراره، ولا عبرة لإنكارها بعده.

ويمكن أن يقال: أنه بحسب الظاهر لم يدَّعِ النسب كما دلَّ عليه تصويرهم كما في

= وأخرج الطرف الثاني البخاري في «صحيحه» (٢٥١٤)، ومسلم في «صحيحه» ١-(١٧١١) بلفظ: «اليمين على المدعى عليه».

(١) قال الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٤٤/٤): أما ما رَوَيتموه عن رسول الله ﷺ مما ذكر فيه: «أنه قضى باليمين مع الشاهد»: فقد دخله الضعف الذي لا يقوم به معه حجة.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٣٥٧٧٣/٢٥٠/٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦١١٦/١٤٨/٤).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٦٢/٢).

(٤) «الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٣٢)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٩٦).

(٥) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٦٢/٢).

ورقٍ ونسَبٍ ووَلاءٍ، وعندهما: يُحلَّف وبه يُفتَى، ولا في حدٍّ.........................

«القهستاني»[1].

(**ورِقٍ**) بأن ادعى رجل على مجهول الحال: «أنه رقُّه»، أو ادعى المجهول: «أنه سيده»، وأنكر الآخر.

(**ونسَبٍ**) بأن ادعى: «أن هذا ولده» أو «... والده»، أو هو يدَّعى عليه، والآخر ينكر.

(**ووَلاءٍ**)؛ سواء كان ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة بأن يدعي أحد من المعروف والمجهول على الآخر: «أنه معتقه» أو «... مولاه».

فلا يحلف عند الإمام في هذه الأمور؛ لأن المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكولُ جعَله بذلاً وإباحةً؛ صيانة عن الكذب الحرام، والبذلُ لا يجري في هذه الأمور.

(**وعندهما**)، وهو قول الأئمة الثلاثة[2]: (**يُحلَّف**)؛ لأن النكول إقرار.

والظاهر: أنه يحلف على تقدير صدقه، فإذا امتنع عليه: ظهر أنه غير صادقٍ في إنكاره؛ إذ لو كان صادقا: لَأَقْدَمَ عليه، ولمَّا كان النكول إقرارا: فالإقرار يجري في هذه الأشياء، فيستحلف على صورة إنكار المنكر لا على دعوى المدَّعي، حتى إن نكل: يقضي بالنكول.

(**وبه**) أي: بقول الإمامين (**يُفتَى**) كما في قاضي خان، وهو اختيار فخر الإسلام علي البزدوي معللا بعموم البلوى.

وفي «النهاية»: قال المتأخرون: إن المدَّعي إذا كان متعنِّتًا: يأخذ القاضي بقولهما، ومظلوما بقوله.

(**ولا**) يُستحلَف (**في حدٍّ**) اتفاقا.

هو خالص حق الله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة، أو غالب حقه تعالى كحد القذف؛ فإن حق العبد فيه مغلب.

فلو ادعى أحد على أحدٍ قذْفَه بالزنا، فأنكره: لم يَحلِف، إلا إذا تضمَّن حقا بأن علَّق عِتق عبده بالزنا، وقال: «إن زنيت فأنت حر»، فادعى العبد: «أنه قد زنى» ولا بينة عليه:

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٦٢).

(٢) «الأم» للإمام الشافعي (٦/٢٤٦)، ومذهب الإمام مالك والحنبلية كمذهب أبي حنيفة كما في «التوضيح» لضياء الدين الجندي (٨/٤٩)، و«المحرر» لابن تيمية (٢/٢٢٦).

ولِعانٍ، والسارقُ يُحلَّف، فإن نكَلَ: ضَمِنَ، ولا يُقطَع. ويُحلَّف الزوج إن ادَّعَت طلاقا قبلَ الدخولِ إجماعا، فإن نكَلَ: ضَمِنَ نصفَ المهرِ. وكذا في النكاح إذا ادَّعَت مهرَها. ...

يُستحلَف المولى، حتى: إذا نكل: يثبت العتق دون الزنا، ذكره الزيلعي[1]، وصحَّحه الحلواني، خلافا للسرخسي[2].

(و) لا في (لِعانٍ) أيضا بالاتفاق إذا ادَّعت المرأة على زوجها: «أنه قذفها قذفا يوجب اللعان»، وأنكر الزوج؛ لأن اللعان قائم مقام حد الزنا في جانب الزوج، فلا يثبت بالنكول الذي هو إقرار مع شبهة.

(والسارقُ يُحلَّف) بالاتفاق عند إرادة أخذ المال، ويقول فيه: «بالله تعالى ما له عليك هذا المال».

وعن محمد: أن القاضي يقول للمدَّعي: «ماذا تريد؟»؛ فإن قال: «أريد القطع»: يقول في جوابه: «إن الحدود لا يُستحلَف فيها»، وإن قال: «أريد المال»: يقول له: «دَعْ دعوى السرقة، وادَّعِ المال».

(فإن نكَلَ) عن الحلف: (ضَمِنَ) المال، (ولا يُقطَع)؛ لأن النكول إقرار مع شبهة، فيعمل في الضمان دون القطع؛ كما: إذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال: تقبل في المال دون القطع.

(ويُحلَّف الزوج إن ادَّعَت) الزوجة (طلاقا) بلا بينة لها عليه (قبلَ الدخولِ إجماعا)؛ لأن مقصودها المال، والاستحلافُ يجري في المال بالإجماع، (فإن نكَلَ: ضَمِنَ) الزوج (نصفَ المهرِ).

وإنما وضع المسألة في الطلاق قبل الدخول؛ لأنه لو أطلق: ينصرف إلى الطلاق الذي يلزم منه المهر تامًّا، ويبقى أمر الطلاق الذي يلزم منه نصف المهر مستورا، فكشفُه أولى مع أن لزوم الحلف في الطلاق بعد الدخول بطريق الأولى؛ فإنه إذا استحلفه قبل تأكُّد المهر: فبعده أولى.

(وكذا) يحلف (في النكاح إذا[3] ادَّعَت) المرأة (مهرَها)، وأنكر الزوج، فلو نكَل: يلزم

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٢٩٤).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٧/١٧٢).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «إن».

وفي النسب إن ادَّعى حقًّا كإرثٍ ونفقةٍ وغيرِهما. وفي القصاص؛ فإن نَكَلَ في النفس: حُبِسَ حتى يُقِرَّ أو يَحلِف، وفيما دونها: يُقتَصُّ، ....

المهر، ولا يثبت النكاح عند **الإمام**، بخلاف الطلاق، وكذا إذا ادَّعت النفقة بالنكاح: يُستحلَف؛ فإن نكل: تلزم النفقة دون النكاح[١٠٤/ب].

(**وفي النسب**) أي: يحلف في دعوى النسب (**إن ادَّعى حقًّا كإرثٍ ونفقةٍ**) بأن ادعى رجل على رجل: «أنه أخوه، مات أبوهما، وترك مالا في يد المدَّعى عليه»، أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدَّعى عليه بسبب الأخوَّة: فإنه يُستحلَف على النسب **بالإجماع**؛ فإن حلف: برئ، وإن نكل: قضى بالمال والنفقةِ، لا النسب إن كان النسب نسبا لا يصح الإقرار به، وإن كان نسبا يصح الإقرار به: فعلى الخلاف، (**وغيرِهما**) كالحَجْر بأن كان الصبي في يد رجل التَقَطه وهو لا يعبر عن نفسه، فادَّعت امرأةٌ حرة الأصل: «أنه أخوها تريد قصر يد الملتقط لمالها من حق الحضانة»، وأرادت استحلافه، فنكل: ثَبتَ به لها حق نقل الصبي إلى حجرها، ولا يثبت النسب.

وكذا العتق بسبب الملك بأن ادعى عبدٌ على مولاه: «أنه عتَق»؛ لأنه أخوه، أو أراد الواهب الرجوع في الهبة، فقال الموهوب له: «أنا أخوك»: فإن المدَّعى عليه يُستحلَف على ما يدعي **بالإجماع**.

(**وفي القصاص**) أي: يحلف جاحد القَوَد في النفس والأطراف **بالاتفاق**؛ (**فإن نَكَلَ في**) دعوى (**النفس**): لم يُقتَصَّ منه، بل (**حُبِسَ حتى يُقِرَّ**)، فيُقتصَّ منه، (**أو يَحلِف**)، فيطلق عن الحبس، وإلا: يحبس أبدا، (و) إن نكَل (**فيما دونها**) أي: النفس: (**يُقتَصُّ**) منه، وهذا عند **الإمام**؛ لأن الأطراف يُسلَك بها مسلك الأموال، ولهذا أُبيح قطعها للحاجة، ولم يجب على القاطع الضمان إذا قطعها بأمر صاحبها، بخلاف النفس؛ فإنه لو قتله بأمره: يجب عليه القصاصُ في رواية، والديةُ في أخرى، وإذا سلك بالأطراف مسلك الأموال: يجري فيه البذل كما يجري في الأموال كما في أكثر المعتبرات(١).

وما قاله أبو المكارم من: «أنه يتوجه عليه حينئذ لزوم قطع يد السارق بالنكول، وقد مر: أنه لا يقطع» ليس بوارد؛ لأن قود الطرف حق العبد، فيثبت بالشبهة كالأموال، بخلاف

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٥٧/٣)، و«البناية» للعيني (٣٣٤/٩)، و«جامع الفصولين» للشيخ بدر الدين (١١٥/١).

وعندهما: يَضمَن الأَرْش فيهما.

فإن قال المدَّعي: «لي بيّنةٌ حاضرةٌ»، وطَلَبَ يمينَ خصمِه: لا يُحلَّف، ....

القطع في السرقة؛ فإنه خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهة، فظهر الفرق بينهما، تدبَّرْ.

(**وعندهما: يَضمَن الأَرْش فيهما**) أي: في صورتَيْ دعوى النفس والأطراف؛ لأن النكول إقرار عندهما، لكن فيه شبهة البذل، فيمتنع في الطرف بما فيه شبهة القصاص كما في النفس، فيجب المال فيهما؛ لتعذر القصاص، خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنًى من جهة من وجب عليه القصاص كما إذا أقرَّ بالخطأ والوليُّ يدَّعي العمد.

وعند **الأئمة الثلاثة**: يُقتصُّ فيهما بعد حلف المدَّعي على أنه صادق في دعواه؛ بناء على ما مرَّ من أصلهم[١].

(**فإن قال المدَّعي**: «**لي بيّنةٌ حاضرةٌ**) في المصر»، (**وطَلَبَ يمينَ خصمِه: لا يُحلَّف**) عند **الإمام**، وهو الصحيح كما في «المضمرات» وغيره[٢].

وقال **أبو يوسف**: يُستحلَف؛ لأن اليمين حقه بالحديث المعروف، فإذا طالبه: يجيبه.

وللإمام: أن ثبوت اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا، فلا يكون حقه دونه.

ومحمد مع **أبي يوسف** فيما ذكره الخصاف، ومع **الإمام** فيما ذكره الطحاوي كما في أكثر المعتبرات[٣]، فعلى هذا ينبغي للمصنف أن يذكر الخلاف، تدبَّرْ.

قيّدنا بـ«المصر»؛ لأنها لو كانت في مجلس الحكم: لا يحلف **بالاتفاق**، وإن كانت خارج المصر: يحلف **بالاتفاق**.

وفي «المجتبى»: وقُدِّرت الغيبة بمسيرة السفر.

وفي «المنح»: وحضورها في المصر، وهو محل الاختلاف، وظاهر ما في «خزانة المفتين» خلافه؛ فإنه قال: الاستحلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدَّعى،

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٢٠/١٣)، و«المغني» لابن قدامة (٥١٩/٨).

(٢) «المضمرات» للكادوري (٧٠/٥)، و«الاختيار» للموصلي (١١٢/٢).

(٣) «المضمرات» للكادوري (٧٠/٥)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢١٠/٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٠٠/٤)، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (٢٥٣/٨).

ويُكفَّل بنفسه ثلاثةَ أيامٍ، ....

ويقول المدَّعي: «لا شهود لي» أو «شهودي غُيَّب» أو «... مرضى»[١].

وفي «البحر»: ادعى المديون الإيصال، فأنكر المدَّعي ولا بينة له، فطلب يمينه، فقال المدَّعي: «اجعَلْ حقي في الختم، ثم استحلِفْني»: فله ذلك في زماننا[٢].

(**ويُكفَّل**) -من «التكفيل»- (**بنفسه**) أي: يؤخذ من المدَّعى عليه كفيل بنفسه؛ كي لا يغيبَ فيضيعَ حقه استحسانا.

والقياس: أن لا يكفل قبل إقامة البينة، وهو مذهب **الشافعي**[٣].

* ويجب أن يكون الكفيل معروفا ثقة، ولا يُتوهَّم اختفاؤه بأن يكون له دار وحانوت مِلكا له.

* وله أن يطالب وكيلا بالخصومة، حتى: لو غاب الأصيل: يقيم البينة على الوكيل، فيقضي عليه.

* وصح أن يكون كفيلا ووكيلا، وإن أعطاه: فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل، وإن كان المدَّعى منقولا: فله أن يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين؛ ليُحضِرها ولا يُغيِّبه المدَّعى عليه، وإن كان عقارا: لا يحتاج إلى ذلك.

وفيه إشارة إلى أن القاضي يكفله ولو لم يطلبه المدَّعي، وهذا إذا كان المدَّعي جاهلا بالخصومة، وأما إذا كان عالما: فلا يكفله القاضي بلا طلبه[١٠٥/أ].

(**ثلاثةَ أيامٍ**). هذا مروي عن **الإمام** وهو الصحيح كما في «الكافي» وغيره[٤].

وصحح في «الخانية»: أنه إلى جلوس القاضي مجلسا آخر.

وقيل: يُفوَّض إلى رأي القاضي، وهو الأشبه برأي **الإمام**.

ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والحقير، وكذا بين القليل من المال والكثير.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٥٢/أ).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢١٠).

(٣) «الحاوي الكبير» للماوردي (١٦/٣٠٩).

(٤) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٥١/أ)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢١١).

فإن أَبَى: لازَمَه، ودارَ معه حيث دارَ، وإن كان غريبًا: يُكفَّل أو يُلازِم قدْرَ مجلِسِ القاضي.

وعن **محمد**: أن الخصم إن كان بحيث لا يُخفِي نفسه بهذا القدر: لا يجبر على إعطاء الكفيل.

قيَّد بقوله: «لي بينة حاضرة للتكفيل»، ومعناه: «في المصر»، حتى: لو قال المدَّعي: «لا بينة لي» أو «شهودي غُيَّب»: لا يكفل؛ إذ لا فائدة فيه، بل يحلف، فإذا حضر بعدما حلف: تقبل بينة المدَّعي، وكذا لو قال المدَّعي: «لا بينة لي» وطلَب يمين خصمه: فحلَّفه القاضي، فقال: «لي بينة»: فإن القاضي يقبل ذلك منه، وقيل: لا يقبل.

وفي «البحر»: ادعى القاتل: «أن له بينة حاضرة» على العفو: أُجِّل ثلاثة أيام؛ فإن مضت، ولم يأت بالبينة، وقال: «لي بينة غائبة»: يُقضَى بالقصاص قياسا كالأموال، وفي الاستحسان: يؤجل؛ استعظاما لأمر الدم[1].

(**فإن أَبَى**) عن إعطاء الكفيل: (**لازَمَه**) مقدار مدة التكفيل، (**ودارَ معه**) أي: مع الغريم (**حيث دارَ**) -تفسير «الملازمة»-.

وفي «البحر» نقلا عن «الصغرى»: رأيت في زيادات بعض المشايخ: «أن الطالب لو أمر غيره بملازمة مديونه: فللمديون أن لا يرضى عند **الإمام**، خلافا **لهما**»، وجعله فرعا لمسألة التوكيل بغير رضى الخصم، لكن لا يحبسه في موضع؛ لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى، ولا يشغله عن التصرف، بل هو يتصرف والمدَّعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره: فإن الطالب لا يمنعه من الدخول إلى أهله، بل يدخل المطلوب إلى أهله والملازم على باب داره[2][3].

(**وإن كان**) المطلوب (**غريبًا: يُكفَّل أو يُلازِم قدْرَ مجلِسِ القاضي**) إلى أن يقوم من مجلسه؛ لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادةً على ذلك؛ إضرارا به يمنعه[4] عن السفر،

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢١١/٧).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢١٢/٧).

(٣) وفي «الزيادات»: أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته؛ فإما أن يأذن المدعي في الدخول معه، أو يجلس معه على باب الدار؛ لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده: فربما يهرب من جانب آخر، فيفوت ما هو المقصود منها، ولو كان المدعى عليه امرأة: فإن الطالب لا يلازمها بنفسه، بل يستأجر امرأة فتلازمها. (داماد، منه).

(٤) هكذا في الأصل، وفي «الهداية» (١٥٨/٣): «بمنعه».

واليمينُ بالله تعالى، لا بطلاقٍ وعتاقٍ. وقيل: إن ألَحَّ الخصم: صحَّ بهما في زماننا. وتُغلَّظ بذكرِ صفاتِه إن شاءَ القاضي ....

ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا؛ فإن برهن في المجلس: فبها، وإلا: يحلفه إن شاء، أو يدعه.

(**واليمينُ بالله تعالى لا بطلاقٍ وعتاقٍ**)؛ لقوله ﷺ: «**من كان منكم حالفا: فليحلف بالله أو ليذر**»[1].

(**وقيل: إن ألَحَّ الخصم: صحَّ**) اليمين (**بهما**) أي: بالطلاق والعتاق (**في زماننا**)؛ لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى كما في «الهداية»[2]، لكن لا يقضي عليه بالنكول؛ لأنه نكل عما هو منهيٌّ عنه شرعا[3]، حتى: لو قضى: لا ينفذ.

وإنما أتى بصيغة التمريض؛ لأن أكثر مشايخنا لم يُجوِّزوه.

وفي «البحر»: الفتوى: على عدم التحليف بالطلاق والعتاق، وهو ظاهر الرواية، وفي «الخانية»: ومنهم من جوَّزه في زماننا، والصحيح ما في ظاهر الرواية[4]، انتهى.

(**وتُغلَّظ**) اليمين (**بذكرِ صفاتِه**) أي: صفات الله تعالى مثل قوله: «والله الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية! ما لفلان هذا عليك ولا قِبَلك هذا المال الذي ادَّعاه -وهو كذا وكذا- ولا شيء منه» (**إن شاءَ القاضي**)؛ لأن أحوال الناس شتى، فمنهم: من يمتنع عن اليمين بالتغليظ، ويتجاسر عند عدمه، فتُغلَّظ عليه لعله يمتنع بذلك، والاختيارُ في صفة التغليظ إلى القاضي؛ يزيد فيه ما شاء، وينقص ما شاء، إلا أنه يحتاط.

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٦٧٩)، ومسلم في «صحيحه» ٣-(١٦٤٦) بلفظ: «**ليصمت**» بدل: «**ليذر**».

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٥٨/٣).

(٣) ويرد عليه: أن التكليف بما هو منهي عنه شرعا غير جائز، بل هو حرام، إلا أن يقال: النهي تنزيهي على ما قاله المولى سعدي، لكن قال بعض الفضلاء: لا يصح تكليف اليمين بما هو منهي عنه شرعا ولو نهي تنزيه، وغاية ما يقال: التكليف للإقرار بحق الخصم، لا لإيقاع اليمين، فيكون جائزا، والأولى: أن يقول: لأن اليمين في قوله ﷺ: «**على من أنكر**» يشمل التعليقات؛ لأنها ليست بيمين لغة. (**داماد، منه**).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢١٣/٧)، و«الأصل» للإمام محمد (٥٠٨/١١).

ويُحترَز من التكرار، لا بزمانٍ أو مكانٍ.

ويُحلَّف اليهوديُّ: «بالله الذي أَنزَلَ التوراةَ على موسى عليه السلام»، والنصرانيُّ: «بالله الذي أَنزَلَ الإنجيلَ على عيسى عليه السلام» والمجوسيُّ: «بالله الذي خَلَقَ النار»،..

(**ويُحترَز من التكرار**) أي: يحترز عن عطف بعض الأسماء على البعض، وإلا: لتعدَّد اليمين، ولو أمره بالعطف، فأتى بواحدة، ونكل عن الباقي: لا يقضي عليه بالنكول؛ لأن المستحَقَّ يمين واحدة وقد أتى بها.

ولو لم تُغلَّظ: جاز.

وقيل: لا تُغلَّظ على المعروف بالصلاح.

وقيل: تغلظ في الخطير من المال دون الحقير.

(**لا**) تُغلَّظ (**بزمانٍ**) على المسلم بأن يستحلف في أول الجمعة أو آخرها أو ليلة القدر؛ لأن فيه تأخير المدَّعي، (**أو مكانٍ**[١]) بأن يستحلف في مسجد الجامع عند المنبر؛ لأن المراد هو اليمين بالله تعالى، والزيادة عليها زائدة على النص.

وفي «الحاوي القدسي»: ولا يستحب تغليظ اليمين بهما، انتهى[٢].

وظاهره: أنه مباح؛ لأنه نفي الاستحباب، وهو لا يستلزم نفي الإباحة، بخلاف العكس، لكن قال الزيلعي: فلا يشرع[٣]، تدبَّر.

وعند **الأئمة الثلاثة**: يجوز أن تُغلَّظ بهما أيضا إن كانت اليمين في قسامة ولعانٍ ومال عظيم[٤].

(**ويُحلَّف اليهوديُّ: «بالله الذي أَنزَلَ التوراةَ على موسى عليه السلام»**، و) يُحلَّف (**النصرانيُّ: «بالله الذي أَنزَلَ الإنجيلَ على عيسى عليه السلام»**)، فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما[١٠٥/ب]، (و) يُحلَّف (**المجوسيُّ: «بالله الذي خَلَقَ النار»**)؛ لأنهم يُعظِّمون النار

---

(١) ومن الناس من قال: لو كان [في] بيت المقدس: يستحلف عند الصخرة، وفي مكة: يستحلف بين الركن والمقام، وفي المدينة: يستحلف بين الروضة والمنبر، وفي غيرها: يستحلف بعد العصر يوم الجمعة. (داماد، منه).

(٢) «الحاوي القدسي» للغزنوي (٢/٢٤٥).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٣٠٢).

(٤) «كفاية النبيه» لابن الرفعة (١٩/٥٨)، و«التلقين» للثعلبي (٢/٢١٥)، و«الكافي» لابن قدامة (٤/٢٦٨).

والوَثَنِيّ: «بالله». ولا يُحلَّفون في مَعابِدِهم.

ويُحلَّف على الحاصل. ....

تعظيم العبادة، فتؤكد بما يعتقدونه معظَّما؛ ليفيد فائدة اليمين.

وقيل: إن المجوسي حُلِّف بـ«الله» لا غير كما لا يستحلف بـ«الله الذي خلق الشمس»؛ لأن ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها، وما ينبغي أن يعظم، بخلاف الكتابين؛ لأن كُتُب الله معظمة.

وعن الإمام: أنه لا يُستحلَف أحد إلا بالله خالصا.

(و) يُحلَّف (**الوَثَنِيّ**: «**بالله**») فحسب؛ إذ يقر بالله أنه خالقه؛ لأن الكَفَرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى أنه خالق العالم، قال الله تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [الزخرف: ٨٧]، كذا قالوا.

وفي «المنح» وغيره: ويشكل عليه: أن الدهرية منهم لا يعتقدونه، ولا دلالة في الآية على ما ذكر؛ لأن الوثني يعبد غير الله تعالى، ويعتقد أن الله تعالى خالقه[(١)]، انتهى.

لكن يمكن أن «الدهري» هو: من يقول بقدم الدهر، وبإسناد الحوادث إليه، ويقولون: إن مبدأ الممكنات هو الله تعالى كما قيل، فلم يلزم عدم اعتقاد الله تعالى وعدم دلالة النص؛ ولأن الدهرية يعتقدون الدهر القديم هو الله تعالى، فلم يلزم عدم اعتقادهم، تأمَّلْ.

(**ولا يُحلَّفون**) أي: الكفار (**في مَعابِدِهم**)؛ لأن فيه تعظيما لها، والقاضي ممنوع عن أن يَحضرها، وكذا أمينه؛ لأنها مجمع الشياطين، لا أنه ليس له حق الدخول.

وفي «البحر»: وقد أفتيتُ بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود[(٢)].[(٣)]

(**ويُحلَّف**) المدَّعى عليه (**على الحاصل**).

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (١/١٥٤/أ)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢١٤).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/١١٥١).

(٣) والمدعى عليه إذا كان أخرس، وطلب المدعي يمينه: فإنه يحلفه، وصورة التحليف: أن يقول القاضي: «عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا»، فإذا أومأ برأسه بـ«نعم»: يصير حالفا، ولا يقول القاضي: «بالله إن كان كذا» لأنه لو أشار برأسه بـ«نعم» في هذا الوجه: يصير مقرا بالله، ولا يكون حالفا. (داماد، منه).

ففي البيع والنكاح: «بالله ما بينكما بيعٌ قائمٌ» أو «... نكاحٌ قائم في الحال»، وفي الطلاق: «... ما هي بائنٌ منك الآن»، وفي الغصب: «... ما يجبُ عليك ردُّه»، وفي الوديعة: «... ما له هذا الذي ادَّعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه، ولا له قبلَك حقٌّ»، ....

هذا نوع آخر من كيفية اليمين، وهو: الحلف على الحاصل والسبب. والضابط في ذلك: أن السبب؛ إما إن كان مما يرتفع برافع أو لا؛

* فإن كان **الثاني**: فالتحليف على السبب **بالإجماع**.

* وإن كان **الأول**؛

* **فإن تضرَّر** المدَّعي بالتحليف على الحاصل: فكذلك.

* وإن لم يتضرر: يحلف على الحاصل عند **الطرفين**، وعلى السبب عند **أبي يوسف** كما سيأتي.

ثم شرَع في تفصيله، فقال:

(**ففي البيع والنكاح**): يحلف («**بالله ما بينكما بيعٌ قائمٌ**) في الحال» إذا ادعى أنه اشتراه، (**أو «... نكاحٌ قائم في الحال»**) إذا ادعت النفقة، فلو ادعت النكاح: كان المثال على **مذهبهما** في التحليف، وأما عند **الإمام**: لا يحلف كما مرَّ.

(**وفي الطلاق**): «بالله (**ما هي بائنٌ منك الآن**») إذا ادعت الطلاق البائن، فلو ادعت رجعيا: حلف على السبب، لكنه خلاف الظاهر؛ فإنه يحلف عل الحاصل في الظاهر.

وفيه إشعار بأن سبب الحاصل كما يتحقق في ضمن فعل العقد يتحقق في ضمن فعل آخر من الأفعال الحسية كما في «القهستاني»[(١)].

(**وفي الغصب**): «بالله (**ما يجبُ عليك ردُّه**») أي: رد المغصوب، (**وفي الوديعة**): «بالله (**ما له هذا الذي ادَّعاه**[(٢)] **في يدك وديعة، ولا شيء منه**) أي: من الذي في يدك، (**ولا له قبلَك حقٌّ**»).

وفي «الاختيار»: ويحلفه في الدين: «بالله ما له عليك من الدين والقرض قليل ولا كثير»؛ لاحتمال أنه أدَّى البعض، أو أبرأه منه، فلا يحنث في يمينه على الجميع[(٣)].

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٦٦).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يدعي».

(٣) «الاختيار» للموصلي (٢/١١٥).

لا على السبب نحوُ: «بالله ما بِعتُه» خلافا لأبي يوسف.

فإن كان في الحلف على الحاصل تركُ النظرِ للمدَّعي: حُلِّفَ على السبب إجماعا، كدعوى الشفعة بالجوار ونفقةِ المبتوتةِ والخصمُ لا يَراهما. ....

(لا) يُحلَّف (**على السبب نحوُ**) أن يقول في البيع: («**بالله ما بِعتُه**»)؛ لاحتمال أنه باع، ثم أقالَ، ولا يحلف في النكاح: «بالله ما نكحت»؛ لاحتمال أنه نكحها، ثم خالعها أو أبانها، ولا يحلف في الطلاق: «بالله ما طلَّقها»؛ لاحتمال أنه طلقها، ثم نكحها، ولا يحلف في الغصب: «بالله ما غصبته»؛ لاحتمال أنه غصب، ثم سلَّم أو ملَك بالهبة أو بالبيع، ولا يحلف في الوديعة: «بالله ما أودعتك هذا»؛ لاحتمال أنه أودعه، ثم رده أو هلك في يده بغير صنعه.

وفي هذه الصورة لا يحلف عند **الطرفين** على السبب، فلو حلف: يتضرر المدَّعى عليه؛ لأنه لو حلف -مثلا- على نفي البيع: يكون كاذبا، ولو لم يحلف: يجب عليه تسليم المبيع العائد إلى ملكه بالإقالة، وهكذا في البواقي.

(**خلافا لأبي يوسف**)؛ فإن عنده يحلف على السبب في جميع ذلك؛ لأن اليمين تستوفى لحقِّ المدَّعي، فوجب أن يكون اليمين موافقة لدعواه، والمدَّعي هو السبب إلا عند تعريض المدَّعى عليه بأن قال للقاضي: «لا تُحلِّفني»؛ فإن الإنسان قد يبيع شيئا، ثم يقيله، فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل.

قيل: ينظر إلى إنكار المدَّعى عليه، فإن أنكر السبب: يحلف على المسبب، وإن أنكر الحكم: يحلف على الحاصل، وعليه أكثر القضاة.

وقال فخر الإسلام: يُفوَّض إلى رأى الحاكم كما في «الكافي» وغيره[1].

(**فإن كان**) -والأنسب بالواو- (**في الحلف على الحاصل تركُ النظرِ للمدَّعي: حُلِّفَ على السبب إجماعا**[١٠٦/أ])؛ رعاية لجانبه؛ (**كدعوى الشفعة بالجوار ونفقةِ المبتوتةِ، والخصمُ لا يَراهما**) أي: لا يرى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة بأن كان شافعيا[2]؛ فإنه يحلف على السبب: «بالله ما اشتريت هذا الدار»، و«... ما هي معتدة منك»؛ إذ لو حلف على الحاصل:

---

(١) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (١٥٢/٢/أ)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٣٠٣/٤).

(٢) وفي «البحر» (٢١٧/٧): أن ظاهر ما ذكره الخصاف وتبعه الصدر الشهيد: أن معرفة كون المدعي شافعيا ونحوه إنما هي بقول المدعي، ولم أر حكم ما إذا تنازعا في ذلك، وظاهر كلامهما: أنه لا اعتبار بقول المدعى عليه. (داماد، منه).

وكذا في سببٍ لا يرتفع؛ كعبدٍ مسلمٍ يدَّعي العتق بخلاف الكافرِ والأَمةِ.

ومن وَرِثَ شيئًا، فادَّعاه آخَرُ: حُلِّفَ على العلم. ....

«بالله لا تجب الشفعة عليك»، و«بالله لا تجب عليك النفقة»: يصدق في يمينه في اعتقاده، فيفوت النظر في حق المدَّعي.

لا يقال: إن المدَّعى عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب؛ لأنه لا بد للقاضي من الإضرار بأحدهما، والأَولى بالضرر المدَّعى عليه؛ لأنه متمسك بعارض السقوط، والمدَّعي بالأصل حيث أثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء، فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض.

(**وكذا**) يحلف على السبب **إجماعا** (**في سببٍ لا يرتفع**) برافعٍ بعد ثبوته؛ (**كعبدٍ مسلمٍ يدَّعي العتق**) أي: العتق الواقع في إسلامه على مولاه وهو ينكره، فيحلف على السبب: «بالله ما أعتقه» ليوافق اليمين الدعوى، وليس فيه ضرر المدَّعى عليه؛ إذ لا يتصور عوده إلى الرق؛ لأنه إذا ارتدَّ: يُقتَل، والهربُ إلى دار الحرب نادر إلا أنه رواية عن **أبي يوسف**.

وفي «الاختيار»: ومن الأفعال الحسية أن يدعي على غيره: أنه وضع على حائطه خشبة، أو بنى عليه، أو أجرى ميزابا على سطحه أو في داره، أو رمى ترابا في أرضه، أو شق في أرضه نهرا؛ فإنه يحلف على السبب: «بالله ما فعلت كذا»؛ لأن هذه الأشياء لا ترتفع[١].

(**بخلاف**) العبد (**الكافرِ والأَمةِ**)، فيحلف على الحاصل: «بالله ما هو حر» أو «... ما هي حرة الآن»؛ لأن الرق يتكرر على الأمة بالردة واللحاق والسبي، وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبي.

وعن **أبي يوسف**: يحلف على السبب، وتمامه في «الذخيرة».

(**ومن وَرِثَ شيئًا**) من عينٍ عَلِم ذلك بعلم القاضي أو إقرارِ المدَّعي أو بينةِ المدَّعى عليه، (**فادَّعاه آخَرُ**) ولا بينة للمدَّعي، وأراد تحليف الوارث: (**حُلِّفَ على العلم**) أي: علم المدَّعى عليه، فقال له القاضي: «بالله ما تَعلَم أن هذا العين له، لا على البتات»؛ لأن الوارث لا يَعلم بما صنعه المورث.

وفيه إيماء:

---

(١) «الاختيار» للموصلي (٢/١١٥).

وإن شَرَاه أو وُهِبَ له: فعلى البَتات.

ولو افتَدَى المُنكِر يمينَه أو صالَحَ عنها على شيء: صحَّ، ....

---

* إلى أنه: لا يحلف وارث الدين قبل وصوله إليه، خلافا للخصاف، والأول المختار عند الفقيه وقاضي خان.

* وإلى أنه: لو لم يتحقق كونه ميراثا: حلف على البتات؛ لتحقق سببه من كون العين في يده كما في «القهستاني»[1].

(**وإن شَرَاه أو وُهِبَ له: فعلى البَتات**) أي: يحلف المدَّعى عليه على البتات: «بالله ما هو عبده».

والأصل فيه: أن التحليف على فعل نفسه يكون على البتات؛ أي: أنه ليس كذلك، والبتاتُ القطعُ، والتحليفَ على فعل غيره على العلم؛ أي: أنه لا يعلم أنه كذلك، إلا أنه إذا كان شيئا يتصل بالحالف كما إذا ادعى سرقةَ العبد أو إباقَه: يحلف البائع على البتات: «بالله ما أبق، ما سرق في يدي»، وهذا تحليف على فعل الغير، وإنما صح؛ لأن تسليمه سالما عن العيوب واجب على البائع، فالتحليف يرجع على ما ضمن البائع بنفسه، فيكون على البتات، وإذا ادعى سبْقَ الشراء: يحلف خصمه على العلم؛ أي: أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله كما في «المنح» وغيره[2].

(**ولو افتَدَى المُنكِر يمينَه، أو صالَحَ عنها**) أي: عن اليمين (**على شيء: صحَّ**) الافتداء والصلح إن رضي به الخصم؛ لأن عثمان ﷺ أعطى شيئا لمن ادعى عليه أربعين درهما، وافتدى يمينه، ولم يحلف[3]؛ إذ لو حلف: لوقع على القيل والقال؛ إذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال، فإذا افتدى: صان عرضه؛ لقوله ﷺ: «**ذبُّوا عن أعراضكم بأموالكم**»[4] بمعنى: ادفعوا وامتنعوا.

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٦٦).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٥٤/أ)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٣٨).

(٣) أورد بمثله البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٤/٣٠٠/٢٠٠٤٣).

(٤) أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (١٠/١٥٥٥)، وأورده الديلمي في «الفردوس» (٢/٢٤٣/٣١٤٣)، وأخرج الحاكم في «المستدرك» (٢/٥٨/٢٣١٢) بلفظ: «**من استطاع منكم أن يقي دينه وعرضه بماله فليفعل**».

ولا يُحلَّف بعده.

باب التحالف: ولو اختَلفَا في قدر الثمن أو المَبيع أو فيهما: حُكِمَ لمن بَرهَنَ، وإن بَرهَنَا: فلِمُثبِتِ الزيادةِ، ....

(**ولا يُحلَّف بعده**) أي: ليس للمدَّعي أن يحلف بعد ذلك؛ لأنه أسقط حقه بأخذ البدل منه.

وفيه إشعار بأنه لا يجوز أن يبيع اليمين؛ لأنها لم يكن مالا، فله أن يستحلفه بعد ذلك.

وفي «التنوير»: ولو أسقطه -أي: اليمين- قصدا بأن قال: «برئت من الحلف»، أو «تركته عليه»، أو «وهبته»: لا يصح، وله التحليف[1].

(باب التحالف)

لمَّا ذكر حكم يمين الواحد: ذكَر حكم يمين الاثنين؛ إذ الاثنين بعد الواحد.

(**ولو اختَلفَا**) أي: المتبايعان (**في قدر الثمن**) بأن قال المشتري: «اشتريتُ بألف»، وقال البائع: «بعتُ بألفين» -مثلا-، (**أو**) في قدر (**المَبيع**) بأن قال البائع: «بعتُ عبدا»، وقال المشتري: «... عبدين».

وكذا الحكم لو اختلفا في وصف الثمن أو في الجنس كما في «الهداية»[2].

فعلى هذا لو حذف «القدر»: لكان أشمل.

(**أو فيهما**) أي: في الثمن والمبيع جميعا بأن قال البائع: «بعت عبدا بألفين»، وقال المشتري: «لا، بل بعت عبدين بألف».

(**حُكِمَ لمن بَرهَنَ**) أي: يحكم القاضي لمن أقام البينة منهما؛ لأن الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها؛ إذ هي متعدية حتى توجب القضاء، فلا يعارضها مجرد الدعوى[١٠٦/ب].

(**وإن بَرهَنَا**) أي: أقام كلٌّ منهما البينة بما ادَّعاه: (**فلِمُثبِتِ الزيادةِ**) أي: يحكم لمثبت الزيادة؛ لأنه خالص عن المعارض.

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٤).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٦١/٣).

وإن عجزَا عن البرهان: قيل لهما: «إما أن يَرضَى أحدُكما بدعوى الآخَر، وإلا: فَسَخْنا البيع». فإن لم يَرضَ أحدُهما بدعوى الآخَر: تَحالَفَا، ....

أما إذا كان الاختلاف في أحدهما: فظاهر، وأما فيهما: فحجة البائع في الثمن الأكثر وحجةُ المشتري في المبيع الأكثر أولى، فيحكم بعبدين للمشتري وبألفين للبائع.

(**وإن عجزَا**) أي: البائع والمشتري (**عن**) إقامة (**البرهان: قيل لهما: «إما أن يَرضَى أحدُكما بدعوى الآخَر، وإلا: فَسَخْنا البيع»**)؛ لأن المقصود قطعُ المنازعة، وهذا وجهٌ في طريق قطع المنازعة، فيجب أن لا يُعجِّل القاضي بالفسخ.

(**فإن لم يَرضَ**) -والأنسب بالواو- (**أحدُهما بدعوى الآخَر: تَحالَفَا**) أي: استحلف الحاكم كلَّ واحد منهما على دعوى صاحبه؛ فإن قال قبل القبض: فهو قياسي؛ لأن كلا منهما منكر، وأما بعده: فاستحساني فقط؛ لأن المشتري لا يدعي شيئا؛ لأن المبيع سالمٌ بقيَ دعوى البائع في زيادة الثمن، والمشتري ينكره، فيكتفى بحلفه، لكن عرفناه بالنص، وهو قوله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها: تحالفا وترادًا**»[1] كما في «البحر» وغيره[2].

لكن ما في «القهستاني» نقلا عن «المضمرات» من: «أن التحالف يصح قبل قبض المبيع، وهذا استحسان؛ فإن المشتري ينكر وجوب تسليمه، والقياسُ: أن يصح؛ لأنه ملك المبيع، ولا يصح بعد قبضه قياسا واستحسانا»[3] مخالفٌ لِما في «البحر» وغيره، تتبَّعْ.

وإنما قال المصنف: «فإن لم يرض أحدهما»، ولم يقل: «وإن لم يرضيَا» كما في «الكنز» وغيره[4]؛ لأن شرط التحالف عدمُ رضى واحدٍ، لا عدم رضى كلٍّ منهما كما لا يخفى كما في «البحر» وغيره[5].

فعلى هذا ما قاله صاحب «الفرائد» من أنه: «كان المناسب: «وإن لم يرضيا...» إلى آخره»[6] ليس بوارد، تدبَّرْ.

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٥١١)، وابن ماجه في «سننه» (٢١٨٦)، والنسائي في «سننه» (٤٦٤٩)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٤٤٤٦/٤٤٦/٧) بألفاظ متقاربة.

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٦٩/٣)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢١٩/٧).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٦٨/٢)، و«المضمرات» للكادوري (١١٧/٥).

(٤) «كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٤٩٩)، و«الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٣٣).

(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢١٩/٧)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (١٥٥/٢/أ).

(٦) «الفرائد» للسواسي (٥١٥/ب).

وبُدِئ بيمينِ المشتري، وفي المُقايَضة بأيِّهما شاء، ومن نكَلَ: لَزِمَه دعوى صاحبِه، وإن حلَفَا: فَسَخَ القاضي البيعَ بطلبِ أحدِهما.

(وبُدِئ) أي: القاضي (بيمينِ المشتري) في الصور الثلاث لو بِيعَ عينٌ بدين.

هذا قول محمد وزفر وأبي يوسف آخرا، وهو رواية عن الإمام، وهو الصحيح؛ لأنه أقواهما إنكارا؛ لأنه المطالَب أولا بالثمن، فيكون هو البادي بالإنكار.

وكان أبو يوسف يقول أولا: يَبدَأ بيمين البائع، وهو قول الشافعي في الأصح[1].

وقيل: يُقرع بينهما.

هذا إذا كان بيعُ عينٍ بدين، وإن كان بيعُ عينٍ بعين أو ثمنٍ بثمن: فالقاضي مخيَّر للاستواء، وعن هذا قال:

(وفي المُقايَضة) أي: في بيع العين بالعين يبدأ القاضي (بأيِّهما شاء)؛ لاستوائهما في فائدة النكول.

وصفة اليمين: أن يحلف البائع: «بالله ما باعه بألف»، ويحلف المشتري: «بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف» يضم الإثبات إلى النفي تأكيدا، والأصح الاقتصار على النفي؛ لأن الأيمان وُضِعت للنفي كالبيِّنات للإثبات.

(ومن نكَلَ) من البائع والمشتري: (لَزِمَه دعوى صاحبِه) بالقضاء؛ لأن النكول إما بذلٌ، وإما إقرارٌ فيه شبهةٌ، فبتقوية القضاء يكون حجة ملزمة.

(وإن حلَفَا) أي: المتبايعان: (فَسَخَ القاضي البيعَ بطلبِ أحدِهما) أو كليهما، فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف، وقيل: ينفسخ، والأول هو الصحيح؛ لأنه لم يَثبُت ما ادعاه كل واحد منهما، فيبقى بيعٌ مجهولٌ، فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة، أو يقال: إذا لم يثبت البدل: بقي بيعا بلا بدل، وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع، فلو كان المبيع جارية: وطئها، ولو فسد بنفس التحالف: لم يحل له.

وقيّد بـ«طلب أحدهما»؛ لأنه لا يفسخه بدون طلب أحدهما، ولو فسخاه: انفسخ بلا توقف على القاضي، وإن فسخ أحدهما: لا يكفي كما في «البحر»[2].

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/٣٠٠).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٢٠).

ولا تَحالُفَ لو اختَلفَا في الأجلِ أو شرطِ الخيارِ أو قبَضِ بعضِ الثمنِ، فحُلِّفَ المُنكِر. ولا بعدَ هلاكِ المبيعِ، وحُلِّفَ المشتري. وعند محمد: يتحالَفان، ويُفسَخ وتَلزَم القيمةُ.

(**ولا تَحالُفَ لو اختَلفَا في الأجلِ**)؛ سواء كان في الأجل أو في قدره[١].

خلافا **لزفر والشافعي**[٢].

(**أو**) اختلَفَا في (**شرطِ الخيارِ**)؛ سواء كان في وجوده بأن قال أحدهما: «البيع بالخيار» والآخر ينكره، أو في مدته.

(**أو قبَضِ بعضِ الثمنِ**) أو كله؛ أي: لا تحالف عند اختلافهما بأن قال المشتري: «أديت بعضه أو كله»، والبائع ينكره.

(**فحُلِّفَ**[٣] **المُنكِر**) في الصور الثلاث؛ لأن هذا اختلاف في أداء الثمن لا في الثمن كما إذا وقع الاختلاف في أداء جميع الثمن: يحلف المنكر فحسب، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف؛ لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن؛ لأن الثمن دين، وهو يعرف بالوصف، ولا كذلك الأجل؛ لأنه ليس بوصف.

(**ولا**) تحالُفَ لو اختلفا في قدر الثمن (**بعدَ هلاكِ**) كل (**المبيعِ**) في يد المشتري؛ لأنه لو هلك في يد البائع: تحالفَا على القائم عندهم، (**وحُلِّفَ المشتري**) عند **الشيخين** على الصحيح.

هذا إذا كان الثمن دينا، وأما إذا كان عينا: يتحالفان **بالاتفاق**[١٠٧/أ]؛ لأن المبيع في أحد الجانبين قائم، ثم يَردُّ مثلَ الهالك إن كان له مثل، وقيمتَه إن لم يكن، وهذا إذا هلك بعد القبض، وإن هلك قبله وكان الثمن مقبوضا: يتحالفان **اتفاقا**.

(**وعند محمد**) **والشافعي**[٤]: (**يتحالَفان، ويُفسَخ**) العقد، (**وتَلزَم القيمة**) أي: قيمة الهالك

---

(١) والاختلاف في الأجل أن يقول المشتري: «الثمن مؤجل»، والبائع: «... حالٌّ»، وفي قدره أن يقول المشتري: «الأجل إلى شهر»، والبائع: «... إلى نصفه»، أو يقول البائع: «حلَّ الأجل»، والمشتري: «لا». (**داماد، منه**).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/٦٨).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وحلف».

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/٦٨).

وكذا الخلافُ لو تَعذَّر الردُّ وهو قائمٌ.

ولا بعدَ هلاكِ بعضِه إلا أن يَرضَى البائعُ بتركِ حصَّةِ الهالكِ.........

يوم القبض؛ لأن كلا منهما يدَّعي حقا ينكره الآخر، فيتحالفان.

ولهما: أن التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس، ولا يتعدى إلى حال هلاك السلعة.

وفي «القهستاني» نقلا عن «المبسوط»: وهلاكه شاملٌ لخروجه عن ملك المشتري، أو زيادته زيادة متصلة متولدة أو غير متولدة أو منفصلة متولدة؛ فإنه لا يتحالفان **عندهما**، ويتحالفان **عنده**، فيُفسَخ على العين في **المتصلة المتولدة** من الأصل كالسِّمْن، وعلى العين أو القيمة في **متصلة غير متولدة** منه كالصبغ، وعلى القيمة في **المنفصلة المتولدة** كالثمر، وأما في **منفصلة غير متولدة** منه كالكسب: فيتحالفان، ويفسخ على العين **بالإجماع**[1].

(**وكذا الخلافُ لو تَعذَّر الردُّ وهو**) أي: المبيع (**قائمٌ**)، يعني: لو تغيَّر بحدوث العيب عنده، وصار بحالٍ لا يقدر على رده مع العيب، ثم اختلفَا في الثمن: لا يتحالفان **عندهما**، بل القول للمشتري.

وعند **محمد والشافعي**: يتحالفان، فيفسخ البيع على قيمة الهالك، وكذا لو خرج المبيع عن ملكه[2].

(**ولا**) تحالُفَ (**بعدَ هلاكِ بعضِه**) أي: بعض المبيع بعد قبض الجميع عند **الإمام** كعبدين مات أحدهما قبل نقد الثمن عند المشتري، فقال البائع: «الثمن ألف»، وقال المشتري: «بل خمسمائة»؛ لأن التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة، وهي: اسم لجميع المبيع، فإذا هلك بعضُه: فُقِد الشرط، بل يَحلف المشتري لإنكاره زيادة الثمن.

(**إلا أن يَرضَى البائعُ بتركِ حصَّةِ الهالكِ**) أي: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا، ويجعله كأن لم يكن، والعقدُ كأنه على القائم فقط، فيكون الثمن كله بمقابلة القائم، فيتحالفان، وهو قول عامة المشايخ.

فالاستثناء ينصرف إلى قوله: «لا تحالُفَ» كما هو الظاهر، وهو الموافق لما في «المبسوط»[3].

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٦٩)، و«المبسوط» للسرخسي (١٣/٣٤).

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/٢٩٧).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (١٣/٣٤).

وعندهما: يتحالَفان، ويُرَدُّ الباقي. ....

وفي «الجامع الصغير»: إذا اختلف بعد هلاك أحدهما: لم يتحالفا، والقول للمشتري مع يمينه عند الإمام إلا أن يشاء البائع أن يأخذ حصة الحي ولا شيء له[1].

قال أبو المكارم: ومعنى «لا شيء له»:

* على قول هؤلاء المشايخ: أن لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا على ما صرح في «الكافي»[2]، وكان غرضُهم من هذا التفسير صرفَ الاستثناء إلى قوله: «لم يتحالفا» كما هو مختارهم، وفيه تأمُّل.

* وعلى قول غيرهم من المشايخ: أنه لا يأخذ البائع من الزيادة المتنازَع فيها، وإنما يأخذ عن الهالك بعدما أقرَّ به المشتري، فالاستثناء ينصرف إلى قوله: «مع يمينه»؛ فإنه إذا أخذ ما أقرَّ به المشتري، وأخذ الحي: فقد صدَق المشتري، وارتفع الخصومة، فلا يحلف المشتري.

ولا يخفى: أن الاستثناء المذكور في المتن لا يصلح لهذا التفسير؛ إذ لم يذكر فيه أخذ البائع الحي، وفي تقديره تعسُّفٌ.

(**وعندهما: يتحالَفان، ويُرَدُّ الباقي**) إن حلفَا، لكن اختلفوا في تفسير التحالف؛

عند **أبي يوسف** قيل: يتحالفان على القائم، لا الهالك؛ لأن العقد ورَد فيه، لا في الثاني.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن المشتري لو حلف: «بالله ما اشتريتُ القائم بحصته من الثمن الذي يدَّعيه البائع»: يكون صادقا فيه؛ لأن من اشترى شيئَين بألف إذا حلف: «أنه ما اشترى أحدهما»: كان صادقا، وكذا البائع لو حلف: «بالله ما بعتُ القائم بحصته من الثمن الذي يدَّعيه المشتري»: يكون صادقا فيه، فلا يفيد التحالف، بل الوجه: أن يحلفَ على القائم والهالك، ويقولَ أولا: «بالله ما اشتريتُهما بما يدَّعيه البائع»؛ فإن نكله: لزمه دعوى البائع، وإن حلف: يحلف البائع: «بالله ما بعتُهما بالثمن الذي يدَّعيهما المشتري»؛ فإن نكل: لزمه دعوى المشتري، وإن حلف: يَفسخان العقد في القائم، وتسقط حصته من الثمن، وتلزم

---

(١) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ١٧٢).

(٢) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٥٤/أ).

والقولُ للمشتري في حصّةِ الهالك عند أبي يوسف، وتَلزَم قِيمتُه عند محمد. وتُعتبَر قِيمتُهما في الانقسام يوم القبض. وإن اختلَفَا في قيمةِ الهالكِ فيه: فالقولُ للبائع، وإن بَرهَنَا: فبرهانُه أولى.

وإن اختلَفَا في قدرِ الثمنِ بعد إقالةِ البيعِ: تَحالَفَا، وعادَ البيعُ إن لم يَقبِض البائعُ المبيعَ، ....

المشتريَ حصة[1] الهالك من الثمن الذي أقرَّ به المشتري على القائم والهالك؛ لأنها إنما يجب عند الانفساخ، والعقدُ لم ينفسخ في الهالك عنده، فينقسم الثمن الذي أقرَّ به المشتري عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض[١٠٧/ب].

وعند محمد: يتحالفان عليهما، ويُفسَخ فيهما، ويُردُّ القائم مع قيمة الهالك يوم القبض؛ لأن هلاك الكل لا يمنع التحالف عنده على ما مرَّ، فهلاكُ البعض أولى.

(**والقولُ للمشتري**) مع يمينه إذا اختلفَا (**في حصّةِ الهالك عند أبي يوسف، وتَلزَم قِيمتُه**) أي: الهالك (**عند محمد**)؛ لِما مرَّ، (**وتُعتبَر قِيمتُهما**) أي: قيمة القائم والهالك (**في الانقسام**) أي: انقسام الثمن عليهما (**يوم القبض**)؛ فإن استويَا: يلزمه نصف الثمن الذي أقرَّ به المشتري، وإن اختلفت القيمتان يوم القبض: تسقط عنه حصة القائم بقدر قيمته، وتلزمه حصة الهالك بقدر قيمته.

(**وإن اختلَفَا في قيمةِ الهالكِ فيه**)، فقال المشتري: «قيمته يوم القبض خمسمائة، وقيمة القائم ألفٌ»، وقال البائع: «على عكسه»: (**فالقولُ للبائع**) مع يمينه؛ لأن البائع بدعواه يستبقي ما كان واجبا، والمشتري بدعواه يُسقِط ما كان واجبا، وكان البائع متمسكا بالأصل، فوجب اعتبار قوله.

(**وإن بَرهَنَا**) على قيمة الهالك: (**فبرهانُه**) أي: برهان البائع (**أولى**)؛ لأنها أكثر إثباتا ظاهرا؛ لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك.

(**وإن اختلَفَا**) أي: العاقدان (**في قدرِ الثمنِ بعد إقالةِ البيعِ**)، فقال المشتري: «كان الثمن ألفا»، وقال البائع: «خمسمائة»، ولا بينة لهما: (**تَحالَفَا، وعادَ البيعُ**) الأول حتى يكونَ حقُّ البائع في الثمن وحقُّ المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة، فلا يجب على واحد منهما أن يَردَّ على صاحبه شيئا؛ (**إن لم يَقبِض البائعُ المبيعَ**).

---

(١) في الأصل: «حصته»، ولعله سبق القلم من المؤلف.

وإن قَبَضَه: فلا تحالُفَ خلافا لمحمد. ولو في قدرِ رأسِ المالِ بعد إقالةِ السَّلَم: فالقولُ للمُسلَم إليه فيه، ولا يعودُ السلَم.

ولو اختَلفَا في قدرِ الأجرةِ أو المنفعةِ أو فيهما؛

*** قبْلَ استيفاءِ المنفعةِ: تَحالَفَا، وتَرَادًا. وبُدِئَ بيمينِ المستأجِرِ إن اختَلفَا في الأجرة،**

قيل: ينبغي أن لا يتحالفا في إقالة المبيع؛ لأن التحالف ثَبَتَ بالبيع المطلق بالحديث، والإقالةُ فسخٌ في حق العاقدين، فلم يتناوله النص.

وأجيب: أن التحالف قبل قبض المبيع ثَبَتَ قياسا؛ لأن كل واحد مدَّع ومنكرٌ على ما مرَّ، فصار التحالف معقولا، فوجب القياس على المنصوص عليه كما قِسْنا الإجارةَ على البيع قبل القبض، والوارثَ على العاقد والقيمةَ على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، ولا كذلك بعد القبض؛ فإنه على خلاف القياس، وعن هذا قال:

(**وإن قَبَضَه**) أي: قبض البائع المبيع بعد الإقالة، ثم اختلفَا: (**فلا تحالُفَ**) عند الشيخين، ويكون القول للمنكر.

(**خلافا لمحمد**)؛ لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا.

(ولو) اختَلفَا (**في قدرِ رأسِ المالِ بعد إقالةِ السَّلَم**): لا يتحالفان، (**فالقولُ**) مع يمينه (**للمُسلَم إليه فيه**) أي: في قدر رأس المال؛ لإنكاره الزيادة اعتبارا لسائر الدعاوى، (**ولا يعودُ السلَم**)؛ لأن الإقالة في باب السلَم لا تحتمل النقض؛ لأنه إسقاط، فلا يعود، بخلاف البيع.

(**ولو اختَلفَا**) أي: المؤجر والمستأجر (**في قدرِ الأجرةِ**) بأن قال المستأجر: «درهم» وقال المؤجر: «درهمان»، (**أو المنفعةِ**) بأن قال المؤجر: «مدة الإجارة شهر»، وقال المستأجر: «... شهران»، (**أو فيهما**) أي: في قدر الأجرة والمنفعة معا بأن قال المؤجر: «آجَرتُك الدار شهرا بدرهمين»، وقال المستأجر: «استأجرتها شهرين بدرهم»، (**قبْلَ استيفاءِ المنفعةِ: تَحالَفَا وتَرَادًا**)؛ إذ الإجارة مقيسة على البيع؛ لأن العين المستأجرة في الإجارة قائمة مقام المنفعة في إيراد العقد، وكذا الأمر في فسخها، فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائما تقديرا.

(**وبُدِئَ بيمينِ المستأجِرِ إن اختَلفَا في الأجرة**)؛ لكونه منكرا وجوبَ ما يدَّعيه المؤجر من الزيادة، (و) بُدِئَ (**بيمينِ المُؤجِرِ** لو) اختلفَا (**في المنفعة**)؛ لكونه منكرا وجوبَ زيادة المنفعة.

وبيمينِ المُؤجِر لو في المنفعة. وأيُّهما نَكَلَ: لَزِمَه دعوى الآخَر، وأيُّهما بَرهَنَ: قُبِلَ. وإن بَرهَنَا: فحجَّةُ المُستأجِر في المنفعة، وحجَّةُ المُؤجِر في الأجرة.

*** وبعدَ استيفاءِ المنفعةِ: لا يتحالَفان، والقولُ للمستأجِر.**

*** وبعدَ استيفاءِ البعضِ: يتحالَفان، وتُفسَخ فيما بَقِيَ،..........................**

وفيه إشعار بأنه يُحلِّف أولا من يدعي أولا إن اختلفَا فيهما، وإن ادَّعيَا معا: يُحلِّف من شاء، وإن شاء: أقرع بينهما كما في البيع.

(**وأيُّهما نَكَلَ: لَزِمَه دعوى الآخَر**) كما هو مقتضى النكول، (**وأيُّهما بَرهَنَ: قُبِلَ**) برهانه، (**وإن بَرهَنَا: فحجَّةُ المُستأجِر**) أولى لو اختلفَا (**في المنفعة، وحجَّةُ المُؤجِر**) أولى لو اختلفَا (**في الأجرة**) نظرا إلى إثبات الزيادة، وتقبل حجة كلِّ واحد منهما في فضلٍ يدَّعيه لو اختلفا في الأجرة والمنفعة معا بأن ادعى المؤجر: «أن مدتها شهر بعشرة»، والمستأجر: «أن مدتها شهران بخمسة»، فيقضي بعشرة للمؤجر، وشهرين للمستأجر[١٠٨/أ].

(و) لو اختَلفَا (**بعدَ استيفاءِ المنفعةِ: لا يتحالَفان**) اتفاقا، (**والقولُ للمستأجِر**) مع يمينه؛ لإنكاره الزيادة.

هذا عند الشيخين ظاهر؛ لأن التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس، فلا يقاس الإجارة هنا عليه؛ إذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء يمنع التحالف على أصلهما، بخلاف م في صورة المقيس حيث وُجِد المعقود عليه.

وكذا على أصل محمد؛ لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع؛ لِما أن له قيمةً تقوم مقامه، فيتحالفان عليها، ولو جرى التحالف هنا وفُسِخ العقد: فلا قيمة؛ لأن المنافع لا تتقوَّم بنفسها بل بالعقد، وتبيَّن أن لا عقد، وإذا امتنع: فالقول للمستأجر مع يمينه؛ لأنه هو المستحق عليه.

(و) لو اختَلفَا (**بعدَ استيفاءِ البعضِ**) أي: بعض المنفعة: (**يتحالَفان**) فيما بقي اعتبارا للبعض بالكل، (**وتُفسَخ**) الإجارة (**فيما بَقِيَ**) من المنافع؛ لإمكان الفسخ، وهذا لا ينافي ما مرَّ: أن هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الإمام؛ لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة، فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقي من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض، فيتحالفان في حقه، بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع؛ لأنه بجميع أجزائه معقود بعقد واحد، فإذا تعذَّر الفسخ في بعضه بالهلاك: تعذَّر في كله ضرورة،

والقولُ للمستأجر فيما مَضَى.

وإن اختلَفَا في قدرِ بدلِ الكتابةِ: لا يتحالَفان، والقولُ للعبد. وقالا: يتحالَفان، وتُفسَخ.

وإن اختلَف الزوجان في متاعِ البيتِ: فالقولُ لها فيما صَلَحَ لها، وله فيما صَلَحَ له...

(**والقولُ للمستأجر**) مع اليمين (**فيما مَضَى**)؛ لأنه منكر بما يدَّعيه المؤجر من زيادة الأجرة.

(**وإن اختلَفَا**) أي: المولى والمكاتب (**في قدرِ بدلِ الكتابةِ**) بعدما اتفقا على عقد الكتابة: (**لا يتحالَفان**) عند **الإمام**؛ لأن التحالف في المعاوضات عند تجاحُد الحقوق الملازمة، وبدلُ الكتابة غير لازم على المكاتب؛ لأن له أن يرفعه عن نفسه بالعجز، فلم تكن في معنى البيع، (**والقولُ للعبد**) مع يمينه؛ لإنكاره الزيادة، وإن أقام أحدهما بينة: قبلت، وإن أقاماها: فبينة المولى أولى؛ لإثباتها الزيادة، لكن يعتق بأداء قدر ما بَرهَن عليه، ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه؛ كما: لو كاتبه على ألفٍ على أنه إن أدى خمسمائة: عتق، وكما لو استحقَّ البدل بعد الأداء كما في «البحر»[1].

(**وقالا**)، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[2]: (**يتحالَفان، وتُفسَخ**) الكتابة؛ لاختلافهما في بدل عقدٍ يَقبل الفسخ، فكان بمنزلة البيع.

(**وإن اختَلَف الزوجان**[3] **في متاعِ**) أهل (**البيتِ**) -والمراد بـ«المتاع» هنا: ما يَنتفع به من نفسه أو مما حصل منه كالعقار وغيره-، وادَّعى كلٌّ: «أنه له» ولا بينة لأحد: (**فالقولُ لها**) أي: للزوجة بلا خلافٍ مع اليمين (**فيما صَلَحَ لها**) أي: ما يختص بالنساء عادةً كالدرع والأَسْوِرة والخِمار والمُلاءة والخلخال والحُلِيّ ونحوها؛ لأن الظاهر شاهد لها، إلا أن يكون الزوج ممن يبيع ما يتعلق بالنساء: فالقول له؛ لتعارض الظاهرين، (**وله**) أي: القول للزوج مع اليمين (**فيما صَلَحَ له**) كالعمامة والقَلَنْسُوَة والقَباء والسلاح والكتب ونحوها؛ لأن الظاهر شاهد له، إلا إذا كانت الزوجة صانعة أو بائعة ما يصلح له: فلا يقبل قوله.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٢٣).

(٢) «البيان» للعمراني (٨/٥٠٣)، و«التوضيح» لضياء الدين الجندي (٨/٤٥٤)، و«الكافي» لابن قدامة (٢/٣٤٥).

(٣) قيَّد بـ«كونهما زوجين»؛ للاحتراز عما إذا طلَّقها في المرض ومات الزوج بعد انقضاء عدتها؛ فإن المشكل لوارث الزوج؛ لأنها صارت أجنبية لم تبق لها يد، وكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق، وتمامه في «المنح»، فليراجع. (داماد، منه).

أو لهما. وبعدَ موتِ أحدِهما: القولُ في المُحتمِلِ للحيِّ، ....

وفي «الخانية»: لو اختلفا في متاع النساء، وأقاما البينة: يقضي للزوج[١].

(أو) فيما صلح (لهما) أي: والقول للزوج فيما اختصَّ بهما كالمنزل والفُرُش والرقيق والأواني والعقار والمواشي والنقود؛ لأن الزوجة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها؛ فإن الاختصاص أقوى من اليد.

وفي «البحر»: وبه عُلِم أن البيت للزوج إلا أن يكون لها بينة[٢].

وفي «الخانية»: ولو أقاما البينة: يقضي ببينتها[٣]؛ لأنها خارجة معنى.

أطلق «الزوجين»، فشمَل: المسلمَيْن، والمسلمَ مع الذمية والحربي، والمملوكَيْن، والمكاتبَيْن كما سيأتي، والصغيرَيْن إذا كان الصغير يُجامع، وشمَل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة، وما إذا كان البيت ملكا لهما أو لأحدهما خاصة؛ لأن العبرة لليد لا للملك.

وفي «القنية»: افترقا، وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها، واستخدمتها سنة، والزوج عالم به ساكت، ثم ادَّعاها: فالقول له؛ لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل، انتهى.

وبه عُلِم: أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يُبطِل دعواه كما في «البحر»[٤].

وقيَّد بـ«اختلاف الزوجين»؛ للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه؛ فإن متاع النساء بينهن على السواء إن كنَّ في بيت واحد، وإن كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة: فما في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا، ولا يشترك بعضهن مع بعض كما في «خزانة الأكمل»[١٠٨/ب].

هذا إذا كانا حيَّيْن.

(وبعدَ موتِ أحدِهما) أي: أحد الزوجين، ثم اختلف وارثه مع الحي، والجوابُ في غير المحتمل على ما مرَّ: و(القولُ في المُحتمِلِ) أي: فيما يصلح لهما (للحيِّ) مع اليمين أيهما كان؛ لأنه لا يد للميت، فبقيت يد الحي بلا معارض، وهذا عند الإمام.

---

(١) «الخانية» لقاضي خان (٣٤٩/١).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٢٥/٧).

(٣) «الخانية» لقاضي خان (٣٤٩/١).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٢٦/٧).

وعند أبي يوسف: كذلك في الزائد على جهازِ مثلِها، وفي جهازِ مثلِها: لها أو لورَثتِها، وعند محمد: للرجلِ أو لورَثتِه.

(**وعند أبي يوسف: كذلك**) أي: القول للزوج فيما صلح لهما (**في الزائد على جهازِ مثلِها**).

(**وفي جهازِ مثلِها: لها**) أي: القول للزوجة إذا كانت حية، (**أو لورَثتِها**) بعد موتها؛ أي: يدفع في المشكل إلى الزوجة أو إلى وارثها ما يُجهَّز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه أو لوارثه عنده؛ لأن الظاهر: أن الزوجة تأتي بالجهاز، وهذا أقوى من ظاهر يد الزوج، ولذا يأخذ الباقي؛ لعدم المعارض لظاهره، والحياة والموت في المشكل عنده سواء.

(**وعند محمد: للرجلِ أو لورَثتِه**) أي: ما كان للرجال: فهو للرجل، وما كان للنساء: فهو للمرأة، وما يكون لهما: فهو للرجل إن كان حيا، أو لورثته إن كان ميتا؛ لقيام الورثة مقام المورث، وأما اختلافهما في غير متاع الميت، وكان في أيديهما: فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما.

وفي «القهستاني»: وعن **زفر والشافعي**: أن المشكل بينهما، **وعنهما**: أن المتاع كله كذلك، وإليه ذهب **مالك**[1]، وقال **ابن أبي ليلى**: «إن المشكل للزوج حيا، ولورثته ميتا»، وقال **ابن شبرمة**: «إن المتاع كله له إلا ما على المرأة من الثياب»، وقال حسن[2] البصري: «إن المتاع لصاحب الميت إلا ما على الرجل من الثياب»، فهذه مثمَّنة كتاب الدعوى أو مُسبَّعتُه[3]، انتهى.

واعلم:

* أن الأبَ لو ادَّعى بعد موت ابنته: «أن الجهاز كان عارية لها»، والزوجَ: «أنه كان ملكا»: فالقول للأب على المختار، إلا إذا استمرَّ العرف بدفع الجهاز ملكا لا عارية: فالقول لها ولورثتها من بعدها.

* ولو اختلف الأب وابنُه فيما في البيت: قال **أبو يوسف**: إذا كان الأب في عيال الابن في بيته: فالمتاع كله للابن؛ كما: لو كان الابن في بيت الأب وعياله: فمتاع البيت للأب.

---

(١) لكن في «البحر» (٢٢٧/٧): قول مالك: الكل بينهما، تأمَّلْ. (داماد، منه).

(٢) هكذا في الأصل، والمشهور أنه بلام التعريف: «الحسن».

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٧٠/٢)، و«الحاوي الكبير» للماوردي (٤٠٩/١٧)، وقول مالك كقول محمد، انظر «مواهب الجليل» للحطاب (٥٣٩/٣).

وإن كان أحدُهما مملوكًا: فالكلُّ للحرِّ في الحياة وللحي في الموت. وقالا: المأذونُ والمكاتَبُ كالحرِّ.

---

* ولو اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت: فالقول قول المستأجر مع يمينه، وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه.

* ولو اختلف إسكافيٌّ وعطَّار في آلات الأَساكِفة وآلات العطَّارين وهي في أيديهما: قضى بينهما نصفين، ولا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما.

(**وإن كان أحدُهما**) أي: أحد الزوجين (**مملوكًا**)؛ سواء كان مأذونا، أو مكاتبا، أو محجورا: (**فالكلُّ**) أي: كل المتاع (**للحرِّ في**) حال (**الحياة**)؛ لأن يد الحر أقوى، (**وللحي**) منهما (**في الموت**) أي: موت أحدهما؛ لأن يد الحي خالية عن المُعارِض كما في عامة شروح «الجامع».

وذكر السرخسي: أنه سهو، والصواب: أنه للحر مطلقا، لكن اختار صاحب «الهداية» قول العامة، فاقتفى أصحاب المتون أثره[1].

هذا عند الإمام.

(**وقالا: المأذونُ والمكاتَبُ كالحرِّ**)؛ لأن لهما يدا معتبرةً في الخصومات، حتى: لو اختصمَا في شيء هو في أيديهما: يقضي بينهما، بخلاف ما كان عبدا محجورا حيث يقضي للحر لا للعبد.

وقوله: «الكل» مشير إلى أن الخلاف فيما إذا اختلفَا في مطلق المتاع على ما ذكره فخر الإسلام كما في «المصفى»[2]، لكن في «الحقائق»: أن الخلاف فيما إذا اختلفَا في الأمتعة المشكلة كما في «القهستاني»[3].

وفي «التنوير»:

* أعتقت الأمة، واختارت نفسها؛ فما في البيت قبل العتق: فهو للرجل، وما بعد العتق

---

(١) «شرح الجامع الصغير» لقاضي خان (ص: ٨٦٨)، و«الهداية» للمرغيناني (١٦٥/٣)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٥٠٠)، و«مجمع البحرين» لابن الساعاتي (ص: ٧٥٣).

(٢) لم نجده في أصله «المستصفى» للنسفي (ص: ٦٧٥-٦٧٧).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٧١/٢).

فصل: قال ذو اليد: «هذا الشيء أوْدَعَنِيه فلانٌ الغائبُ» أو «... أعارَنِيه...» أو «... آجَرَنِيه...» أو «... رهَنَنِيه...» أو «غَصَبتُه منه»، وبَرهَنَ على ذلك: اندَفَعتْ خصومةُ المدَّعِي. وقال أبو يوسف فيمن عُرِفَ بالحِيَلِ: لا تَندفِع، وبه يُؤخَذ.

قبلَ أن تختار نفسها: فهو على ما وصفْنَا في الطلاق.

* رجل معروف بالفقر والحاجةِ صار بيده غلام وعلى عنقه بَدْرة، وذلك بداره، فادعاه رجل عُرِف باليسار، وادعاه صاحب الدار: فهو للمعروف باليسار.

* وكذا كَنَّاس في منزل الرجل وعلى عنقه قَطيفة يقول: «هي لي»، وادعاها صاحب المنزل: فهي لصاحب المنزل.

* رجلان في سفينة بها دقيقٌ، فادعى كل واحد السفينة وما فيها، وأحدُهما يُعرَف ببيع الدقيق، والآخرُ يُعرَف بأنه ملاَّح: فالدقيق للذي يُعرَف ببيعه، والسفينة لمن يُعرَف أنه ملاح.

وتمامه في «المنح»[1]، فليطالع.

(فصل)

في بيان أحكام دفع الدعاوى

(**قال ذو اليد**) في جواب من ادَّعى شيئًا في يده: «أن (**هذا الشيء أوْدَعَنِيه فلانٌ الغائبُ**» **أو** «... **أعارَنِيه**...» **أو** «... **آجَرَنِيه**...» **أو** «... **رهَنَنِيه**...» **أو** «...**غَصَبتُه منه**») أي: من فلان الغائب، (**وبَرهَنَ على ذلك**) المذكور: (**اندَفَعتْ خصومةُ المدَّعِي**)؛ لأنه أثبت أمرين؛ أحدهما: الملك للغائب، وهو غير مقبول شرعا، والآخر: دفع خصومة المدَّعي، وهذا مقبول[١٠٩/أ].

وقال ابن شبرمة: لا تسقط خصومة المدَّعي؛ لأن البينة تُثبِت الملك للغائب، ولا ولاية لأحد على غيره في إدخال شيء في ملكه بلا رضاه.

وقال ابن أبي ليلى: تسقط الخصومة بلا بينة؛ لأنه لا تهمة فيما أقرَّ به على نفسه، فتبيَّن أن يده يدُ حفظٍ لا يدُ خصومةٍ.

(**وقال أبو يوسف فيمن عُرِفَ بالحِيَلِ**) -جمع: «حيلة»-: (**لا تَندفِع**) الخصومة[2]، (**وبه يُؤخَذ**).

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٥)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٥٧/ب).

(٢) في الأصل، م من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، ح، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، ولكن في ح: «الحيلة» بدل: «الخصومة».

وإن قال الشهود: «أوْدَعَه من لا نَعرِفه»: لا تَندفِع، بخلاف قولِهم: «نَعرِفه بوجهه لا باسمِه ونسبِه» حيث تَندفِع عند الإمام خلافا لمحمد.

واختاره في «المختار»: أن المدَّعى عليه إن كان صالحا: فكما قال الإمام، وإن كان معروفا بالحِيَل: لم تندفع عنه؛ لأنه قد يأخذ مال الغير غصبا، ثم يدفع سرا إلى من يريد أن يُغيِّب ويقولَ له: «أودعه عندي بحضرة الشهود قصدا»؛ لإبطال حق الغير، فلا تقبل بينته لهذه التهمة[١].

(**وإن قال الشهود: «أوْدَعَه من لا نَعرِفه»: لا تَندفِع**) الخصومة[٢] **بالإجماع**؛ لاحتمال أن يكون المدَّعي من أودعه، (**بخلاف قولِهم**) أي: قول الشهود: («**نَعرِفه**) أي: المودع (**بوجهه**) لو رأيناه، (**لا باسمِه ونسبِه**»): **حيث تَندفِع**) الخصومة (**عند الإمام**)؛ لأن القضاء لا يقع على الغائب؛ ليشترط العلم بنفسه ونسبه، وإنما يقضي على المدَّعي بالدفع عن ذي اليد وهما معلومان، وهو أثبَتَ ببيِّنَة أنه ليس بخصم لهذا المدَّعي.

(**خلافا لمحمد**)؛ فإنه قال: لا تندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة أو لا، وإنما تندفع إذا عرَف الشهودُ ذلك الرجل باسمه ونسبه؛ لأن الخصومة توجَّهت على ذي اليد بظاهر يده، ولا تندفع إلا بالحوالة على رجلٍ يمكن اتباعه، والمعروف بالوجه لا يكون معروفا، فصار هذا بمنزلة قول الشهود: «لا نعرفه أصلا».

وفي «البزازية»: وتعويل الأئمة على قول **محمد**[٣].

فهذه المسألة تسمى بـ«مخمسة كتاب الدعوى»؛ للاشتمال على قول **الإمام وأبي يوسف ومحمد** وابن **أبي ليلى** وابن **شبرمة** كما ترى؛ أو لأن صورها خمس؛ وديعة، وإجارة، وإعارة، ورهن، وغصب كما في أكثر الكتب[٤].

لكن في «المنح»: هذا إذا ادعى المدَّعي ملكا مطلقا في العين كما أفاده عدم تقييده، ويدل عليه ما سيأتي من المسائل القابلة لهذه، ومن المعلوم: أن فرض هذه المسألة بعد

---

(١) انظر «الاختيار لتعليل المختار» للموصلي (١١٦/٢).

(٢) في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) «الفتاوى البزازية» (٦٠/٢).

(٤) «الهداية» للمرغيناني (١٦٦/٣)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٣٤٥/٢)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢٢٨/٧).

ولو قال: «شرَيتُه منه»: لا تَندفِع. وكذا لو قال المدَّعي: «سرَقتَه...» أو «غصَبتَه مني» وإن بَرهَنَ ذو اليد على إيداع الغائب. وكذا إن قال: «سُرِقَ مني»، خلافا لمحمد.

إقامة المدَّعي البرهانَ؛ لِما تقرَّر في كلامهم من: أن الخارج هو الطالب بالبرهان، ولا يحتاج المدَّعى عليه إلى الدفع قبله.

وحاصله: أن المدَّعي لمَّا ادَّعى الملك المطلق فيما في يد المدَّعى عليه: أنكره، وطلب من المدَّعي البرهان، فأقامه، ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدَّعى عليه بما ذكَر وبَرهَن على الدفع[1].

وفي «البحر»: وكذا الحكم لو قال: «وكَّلني صاحبه بحفظه» كما في «المبسوط»[2]، وكذا الحكم لو قال: «أسكنني فيها فلان الغائب»، وكذا الحكم لو قال: «سرقته منه» أو «أخذته منه» أو «ضل منه، فوجدته» كما في «الخلاصة»، فالصُّوَر عشرٌ، وبه عُلِم: أن الصور لم تنحصر في الخمس، فالأولى أن يفسر «المخمَّسة» بالأقوال[3].

(ولو قال) ذو اليد: (**«شرَيتُه منه»**) أي: من فلان الغائب: **(لا تَندفِع)** الخصومة؛ لكون يده يدَ خصومةٍ؛ لاعترافه سبب الملك، وهو: الشرى.

(وكذا) لا تندفع الخصومة **(لو قال المدَّعي:** «سرَقتَه...») -بتاء الخطاب-، **(أو «غصَبتَه مني»)**، فقال ذو اليد: «أودَعَنيه فلان الغائب» **(وإن)** -وصلية- **(بَرهَنَ ذو اليد على إيداع الغائب)**؛ لأن المدَّعي لمَّا قال لصاحب اليد: «غصبتَه مني»: صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه، وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على الغير؛ لأن اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد، ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة، بخلاف الملك المطلق.

(وكذا) لا تندفع **(إن قال)** المدَّعي: (**«سُرِقَ مني»**) -على البناء للمفعول- **عند الشيخين** استحسانا.

(خلافا لمحمد)، وهو القياس؛ لأنه لم يدَّعِ الفعل على ذي اليد، بل على مجهول، فصار كما لو قال: «غُصِب مني» -على البناء للمفعول-.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٥٨/أ).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٧/٣٧).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٢٨).

ولو قال المدَّعي: «ابتَعْتَه من زيدٍ»، وقال ذو اليد: «أودَعَنِيه هو»: اندَفَعت بلا حجَّةٍ إلا إذا بَرهَنَ المدَّعي أن زيدًا وَكَّلَه بقبضِه.

ولهما: أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه ذو اليد، إلا أنه لم يُعيّنه؛ درءً للحد عنه، فصار كأنه قال له: «سرقتَه مني»، بخلاف الغصب؛ فإنه لا حد فيه، فلو قضى عليه، ثم حضر الغائب، فأقام البينة: تُقبَل؛ لأنه لم يصر مقضيا عليه، وإنما قضى على ذي اليد فقط.

وفي «التنوير»: قال في غير مجلس الحكم: «أنه ملكي»، ثم قال في مجلسه: «أنه وديعة عندي من فلان»: تندفع من البرهان على ما ذكَر، ولو بَرهَن المدَّعي على مقالته الأولى: يجعله خصما، ويحكم عليه؛ لسبق إقراره، ويمنع من الدفع[1][١٠٩/ب].

(**ولو قال المدَّعي: «ابتَعْتَه من زيدٍ»، وقال ذو اليد: «أودَعَنِيه هو»**) أي: زيدٌ: (**اندَفَعت**) الخصومة (**بلا حجَّةٍ**)؛ لأنهما اعترفا على أن الملك في الأصل لغيرهما، فيكون وصوله إلى صاحب اليد من جهة زيدٍ البائعِ، فلا تكون يده يد خصومة، (**إلا إذا بَرهَنَ المدَّعي أن زيدًا وَكَّلَه بقبضِه**): فحينئذ لا تندفع، وتصح دعواه؛ لأنه أثبت ببيّنة كونَه أحقَّ بإمساكها، ولو صدَّقه ذو اليد في شرائه منه: لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهي عجيبة.

وفي «البحر»: قيَّد بـ«تلقي اليد من الغائب»؛ للاحتراز عما إذا قال ذو اليد: «أودَعَنِيه وكيل فلان ذلك»: لم تندفع إلا ببينة؛ لأنه لم يثبت تلقِّي اليد ممن اشترى هو منه؛ لإنكار ذي اليد، ولا من جهة وكيله؛ لإنكار المدَّعي، وكذا لو أثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل، ولم يشهدوا أن الموكل دفعها إلى ذي اليد.

وتقييدُه بـ«دعوى الشراء من الغائب» اتفاقيٌّ.

ففي «البزازية»: ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب، وبَرهَن عليه، وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده: اندفعت الخصومة؛ لاتفاقهما على وصول العين من غيره، وإن صاحبَ اليد ذلك الرجلُ، بخلاف ما: لو كان مكانُ دعوى الغصب دعوى السرقة: فإنه لا تندفع بزعم ذي اليد إيداعَ ذلك الغائب في الاستحسان[2]، انتهى.

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٥).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٣٣/٧)، و«الفتاوى البزازية» (١/٥٨٤).

باب دعوى الرجلين: لا تُعتبر بيّنةُ ذي اليدِ في المِلك المطلقِ، وبيّنةُ الخارجِ فيه أحقُّ.
بَرهَنَا على ما في يدِ آخَر: قُضِيَ به لهما. ....

(باب دعوى الرجلين)

لمّا فرَغ من بيان دعوى الواحد: ذكَر دعوى ما زاد عليه، والواحدُ قبل ما زاد.

(لا تُعتبَر بيّنةُ ذي اليدِ في المِلك المطلقِ)، وهو أن يقول في دعواه: «إن هذا ملكي» ولم يُبيّن سبب ملكه.

(وبيّنةُ الخارجِ فيه) أي: في المطلق (أحقُّ) بالاعتبار، وبه قال **أحمد**.

وقال **الشافعي** و**مالك**: بينة ذي اليد أحقُّ؛ لاعتضادها باليد[1].

ولنا: أن البينة شُرِعت للإثبات، وبينةُ الخارج أكثر إثباتا؛ لأنه لا ملك له على المدّعي بوجه، وذُو اليد له ملك عليه باليد، فترجَّحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها، إلا إذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلا كالعتق والتدبير والاستيلاد: فبينةُ ذي اليد أولى، بخلاف الكتابة كما سيأتي.

قيّد بـ«المطلق»؛ لاستوائهما في المقيد بالسبب، وهذا إن وقَّتا أو لم يُوقِّتا **باتفاق**.

(بَرهَنَا) أي: الخارجان (على ما في يدِ آخَر) أي: لو بَرهَن خارجان على عينٍ في يد ثالثٍ منكرٍ بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا، فأقاما البينة: (قُضِيَ به) أي: بهذا الشيء (لهما) بطريق الاشتراك عندنا؛ لقبول الشركة على المناصفة؛ لأن النبي ﷺ قضى بناقة بينهما بنصفين[2]؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، ولم يأمر ﷺ بالقُرْعة؛ لأن استعمال القرعة في وقتٍ كان القِمار مباحا، ثم انتسخت بحرمة القمار؛ إذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمارٌ، وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة، بخلاف قسمة المال المشترك، فللقاضي ثمة

---

(١) «فتاوى ابن الصلاح» (٢/٧٢٥)، و«الذخيرة» للقرافي (١١/٢٥).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/٢٧٦/١٥٢٠٢)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٣٧١/٢١١٥٧)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٢/٢٠٦/٤٧٥٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٤٣٦/٢١٢٣٣) عن تميم بن طرفة مرسلا مرفوعا.

وأخرجه أيضا أبو داود في «سننه» (٣٦١٥)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٢/٢٠٤/٤٧٥٤)، والحاكم في «المستدرك» (٤/١٠٧/٧٠٣٢) من حديث أبي موسى الأشعري ﵁ مرفوعا.

وأخرجه أيضا إسحاق بن راهويه في «مسنده» (١/١٦٧/١١٤)، ومن طريقه ابن حبان في «صحيحه» (١١/٤٥٧/٥٠٦٨) من حديث أبي هريرة ﵁ مرفوعا.

وأخرجه أيضا الطبراني في «المعجم الكبير» (٢/٢٠٤/١٨٣٥) من حديث جابر بن سمرة ﵁ مرفوعا.

ولو على نكاحِ امرأةٍ: سَقَطَا، وهي لمن صَدَّقته، فإن أرَّخا: فالسابقُ أحقُّ. وإن أقرَّت لأحدِهما قبلَ البرهان: فهي له، فإن بَرهَنَ الآخَر بعد ذلك: قُضِيَ له. ....

ولاية التعيين بغير قرعة، وإنما يقرع لتطييب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفسه، فلا يكون ذلك في معنى القمار.

خلافا **للشافعي وأحمد**[1] كما سيأتي.

(ولو) بَرهَنَا (**على نكاحِ امرأةٍ: سَقَطَا**)؛ لتعذُّر العمل بها؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك، وإذا تهاتَرَا: فرَّق القاضي بينهما حيث لا مرجح، وإذا تهاترا وكان قبل الدخول: فلا شيء على كل واحد منهما كما في «البحر»[2].

وهذا مقيَّد بـ«ما إذا كان المدَّعيان حيَّيْن والمرأة»، أما لو برهنَا عليه بعد موتها، ولم يُؤرِّخَا أو أرَّخا واستوى تاريخهما: فإنه يقضي بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد منهما نصف المهر، ويَرثان ميراث زوج واحد، فإن جاءت بولد: يثبت النسب منهما، ويَرث من كل واحد منهما ميراثَ ابنٍ كاملٍ، وهما يَرثان من الابن ميراثَ أبٍ واحدٍ كما في «المنح»[3].

(**وهي**) أي: المرأة (**لمن صَدَّقته**)؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادُق الزوجين إذا لم تكن المرأة المتنازَع فيها في يدِ مَن كذَّبته، ولم يكن دخَل من كذَّبته بها، وأما إذا كانت في يد الآخر، أو دخل بها: فلا اعتبار بالتصديق؛ لأنه دليل على سبق عقده كما في «المنح»[4][١١٠/أ].

(**فإن أرَّخا**) أي: المدَّعيان لنكاحها، وكان تاريخ أحدهما سابقا: (**فالسابقُ أحقُّ**) بها من الآخر؛ لأنه لا معارض في هذا الزمان، فيكون القضاء للسابق؛ إذ عقدُ اللاحق وبرهانُه باطل، ولا يعتبر ما ذكر من كونها في يده أو دخَل بها، ولو أرَّخ أحدهما فقط: فإنها لمن أقرَّت له؛ كما: لو أرَّخ أحدهما وللآخر يدٌ: فإنها لذي اليد كما في «البزازية»[5].

(**وإن أقرَّت**) المرأة بالزوجية (**لأحدِهما قبلَ البرهان: فهي**) أي: المرأة (**له**)؛ لتصادقهما عليه؛ (**فإن بَرهَنَ الآخَر**) أي: الذي لم تقرَّ له (**بعد ذلك**) أي: بعد الإقرار للأول: (**قُضِيَ له**)

---

(١) «التاج والإكليل» للمواق (٩٨/٨)، و«الكافي» لابن قدامة (٢٥٤/٤).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٣٥/٧).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٥٩/٢/ب).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٦٠/٢/أ).

(٥) «الفتاوى البزازية» (٥٠/٢).

وإن بَرهَنَ أحدُهما، فقُضِيَ له، ثم بَرهَنَ الآخَر: لا يُقبَل إلا إن أثبَتَ سبْقَه. وكذا لا يُقبَل برهانُ خارجٍ على ذي يدٍ نكاحُه ظاهرٌ إلا إن أثبَتَ سبْقَه.

وإن بَرهَنَا على شراءِ شيءٍ من آخَر: فلكلٍّ نصفُه بنصفِ ثمنِه أو تركُه، وبتركِ أحدِهما بعدما قُضِيَ لهما: لا يَأخُذ الآخَرُ كلَّه. ....

أي: للمُبَرهِن؛ لقوة البرهان، فإن برهنا بعد الإقرار: فالسابق أولى، (**وإن بَرهَنَ أحدُهما**) على نكاحها: (**فقُضِيَ له**) بالنكاح، (**ثم بَرهَنَ الآخَر**) على أنه نكحها: (**لا يُقبَل**) برهانه؛ إذ لا ينقض شيء بمثله، وههنا صار الأول أقوى؛ لاتصال القضاء به، (**إلا**) وقتَ (**إن أثبَتَ**) ذلك الآخر بالبينة: (**سبْقَه**) أي: سبق نكاحه إياها على نكاح الأول: فحينئذ يقضي له؛ لتيقُّن الخطأ في الأول.

(**وكذا لا يُقبَل برهانُ خارجٍ على**) زوجٍ (**ذي يدٍ**) على امرأةٍ (**نكاحُه ظاهرٌ**) بنقلها إلى بينة، أو بالدخول معه، (**إلا إن أثبَتَ**) الخارجُ (**سبْقَه**) أي: سبق نكاحِه على نكاح ذي اليد بالبينة: فإنه يقضي له؛ لما مرَّ.

(**وإن بَرهَنَا**) الخارجان (**على شراءِ شيءٍ من آخَر**) أي: من ذي يد بلا تاريخ: (**فلكلٍّ نصفُه**) أي: لكل واحد منهما نصف ذلك الشيء (**بنصفِ ثمنِه**) أي: ثمن ذلك الشيء إن شاء ورجع به على البائع بنصف ثمنه، (**أو تركُه**) أي: ترك النصف إن شاء؛ لأنهما لمَّا استويَا في السبب: وجَب على القاضي أن يقضي به بينهما؛ لتعذر القضاء بكله، فيتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه، فلعل رغبته في تملُّك الكل، فيرده ويأخذ كل الثمن.

وعند **الشافعي** في قولٍ وأحمد: يقرع، وفي قول آخر: تهاترت البينتان، ويرجع إلى تصديق البائع؛ لأن إحداهما كاذبة بيقين[1].

قلنا: إن المحل الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا لعمرو على الكمال؛ لأن المشهود في الحقيقة هو السبب؛ لأن المحسوس المحاطُ للشهود، وكلُّ واحد من الفريقين هناك صادقٌ بأن يعاين السبب من الرجلين ولا يعلمان سبق أحدهما.

(**وبتركِ أحدِهما**) نصفَه (**بعدما قُضِيَ لهما: لا يَأخُذ**) المدَّعي (**الآخَرُ كلَّه**)؛ لأن بالقضاء انفسخ العقد في حق كلٍّ في النصف.

---

(١) «العزيز شرح الوجيز» للرافعي (٦/٤١٨).

فإن كان لأحدِهما يدٌ أو تاريخٌ: فهو أولى، وإن أرَّخَا: فالسابقُ أَوْلى.

والشراءُ أحقُّ من هبةٍ وصدقةٍ مع قبضٍ. ....

قيَّد بقوله: «بعد القضاء»؛ لأنه قبل القضاء به يأخذ كله؛ لإثبات برهانه اشتراء الكل بلا مزاحم للقضاء.

(**فإن كان لأحدِهما يدٌ أو تاريخٌ: فهو**) أي: صاحب اليد أو التاريخ (**أولى**)؛ لأن تمكُّنه من قبضه يدلُّ على سبق شرائه؛ إذ قبضُ القابض وشراءُ غيره حادثان، فيضافان إلى أقرب الأزمان وهو الحال، مع أن قبض الشيء متأخر عن شرائه، فصار شراؤه أقدم تاريخا من شراء غير القابض، وبالتاريخ أثبتَ ملكَه في ذلك الوقت، واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده، فلا يقضي له بالشك.

وقال صاحب «البحر»: ولي إشكال في عبارة الكتاب، وهو: أن أصل المسألة مفروضة في خارجَيْن تنازعَا فيما في يد ثالثٍ، فإذا كان مع أحدهما قبضٌ: كان ذا يدٍ تَنازَع مع خارج، فلم تكن المسألة، ثم رأيت في «المعراج» ما يزيله من جواز أن يراد أنه أثبت بالبينة قبْضَه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع، إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن «الذخيرة» بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة، انتهى، والحق أنها مسألة أخرى، وكان ينبغي إفرادها[1]، انتهى.

(**وإن أرَّخَا: فالسابقُ أَوْلى**[2])؛ لأنه أثبت الشراءَ في زمانٍ لا ينازعه فيه أحد، فاندفع به، ثم لا يقضي بعده لغيره إلا إذا تلقَّى الملك منه.

(**والشراءُ أحقُّ من هبةٍ**) مع قبضٍ (**وصدقةٍ مع قبضٍ**) أي: لو برهن خارجان على ذي يدٍ؛ أحدهما على الشراء منه، والآخر على الهبة منه: كان الشراء أولى من الهبة والصدقة؛ لأن الشراء أقوى؛ لكونه معاوضة من الجانبين؛ ولأنه يُثبِت الملك بنفسه، والملكُ في الهبة والصدقة يتوقَّف على القبض.

هذا إن لم يُؤرِّخا، فلو أرَّخا واتَّحد المُملِّك: فالأسبق تاريخا منهما أحقُّ[١١٠/ب]، بخلاف ما: إذا اختلف المُملِّك: فإنهما سواء في صورة التاريخ وعدمه؛ لأن كلاًّ منهما

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٣٩/٧)، و«معراج الدراية» للكاكي (٢/٢٤٨أ-٢٥٠/أ).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «وإن كان لأحدهما يدٌ وللآخَر تاريخٌ: فذو اليد أولى».

والهبةُ والصدقةُ فيما لا يَحتمِل القسمةَ سواءٌ. وكذا الشراءُ والمهرُ عند أبي يوسف، ....

خصمٌ عن مملكه في إثبات ملكه وهما فيه سواء، بخلاف ما إذا اتَّحدَا؛ لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه تقدُّم الأقوى، ولو أرخت إحداهما فقط: فالمؤرخة أولى.

قيّد بـ«كونهما خارجين»؛ للاحتراز عما إذا كانت في يد أحدهما والمسألة بحالها: فإنه يقضي للخارج، إلا في أسبق التاريخ: فهو للأسبق، وإن أرَّخت إحداهما فقط: فلا ترجيح لها، وإن كانت في أيديهما: يقضي بينهما، إلا في أسبق التاريخ: فهي له كدعوى مِلكٍ مطلقٍ كما في «البحر»[1].

(والهبةُ والصدقةُ فيما لا يَحتمِل القسمةَ) كالعبد والدابّة **(سواءٌ) بالاتفاق، فيقضي بينهما** نصفين؛ لاستوائهما في كونهما تبرُّعا، وأما فيما يحتمل القسمة كالدار: فهما سواء عند **البعض**؛ لأن الشيوع طارئ، فيقضي بينهما نصفين، وعند **البعض**: لا يصح؛ لأنه تنفيذ الهبة في الشائع، فصار كإقامة البيِّنتَيْن على الارتهان، وهذا أصح كما في «الهداية»[2].

وفي «البحر»: وحاصله: أن الصدقة أولى من الهبة فيما يحتمل القسمة، وهذا عند عدم التاريخ والقبض، وأما إذا أرَّخا: قدّم الأسبق وإن لم يؤرخا، ومع أحدهما قبضٌ كان أولى، وكذا إن أرَّخ أحدهما فقط.

وفي «الخلاصة»: ولو كان كلاهما هبة، أو صدقة، أو أحدهما هبة والآخر صدقة: فما لم يَذكر الشهود القبضَ: لا يصح، وإن ذكروا القبض، ولم يُؤرِّخوا أو أرَّخوا تاريخا واحدا: فهو بينهما إذا كان لا يحتمل القسمة، وإن كان يحتملها: فلا يقضي لهما بشيء عند **الإمام**، **وعندهما**: يقضي بينهما نصفين، ولو كان في يد أحدهما: يقضي له **بالإجماع**[3].

(وكذا الشراءُ والمهرُ عند أبي يوسف) أي: ادعى شخص: «أن هذا الشيء اشتريته من زيدٍ»، وادَّعت امرأة: «أن زيدا تزوجها على هذا الشيء»، فأقامَا البينة، ولم يذكرَا تاريخا أو ذكرَا[4] واستوى تاريخهما: يقضي لكل واحد منهما بالنصف؛ لأن الشراء والمهر سواءٌ في إثبات الملك، ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج، وللمشتري نصف الثمن المنقود على البائع، وله فسخ البيع؛ لتفرُّق الصفقة عليه.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٣٣).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٦٨).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٤٠).

(٤) وإنما قلنا: «أو ذكرَا واستوى تاريخهما»؛ لأنه إن أرَّخا وتاريخ أحدهما أسبق: كان أحق. **(داماد، منه)**.

وعند محمد: الشراءُ أولى، وعلى الزوج القيمةُ. والرهنُ مع القبض أولى من الهبة معه، فإن كانت بشرط العِوض: فهي أولى.

وإن بَرهَنَ خارجان على ملكٍ مُؤرَّخٍ أو شراءٍ مُؤرَّخٍ من واحدٍ غيرِ ذي اليد: ....

(**وعند محمد: الشراءُ أولى**)، فيقضي لصاحب الشراء، (**وعلى الزوج القيمةُ**) أي: قيمة المبيع للمرأة؛ لأن البيّنات حُجَج الشرع، فيجب العمل بها ما أمكن، وهو ممكن بأن يجعل الشراء سابقا؛ إذ لو تزوَّج على ملك الغير: صحَّت القسمة، فتجب القيمة عند تعذُّر تسليم العين.

قيَّد بـ«الشراء»؛ لأنه لو اجتمع نكاح وهبة أو رهن أو صدقة: فالنكاح أولى.

وفي «المنح» اعتراضٌ عن طرف صاحب «الفصولين»، وجوابٌ عن طرف صاحب «البحر»[1]، فليطالع.

(**والرهنُ مع القبض أولى من الهبة**) بلا عوضٍ (**معه**) أي: مع القبض، يعني: لو ادَّعى أحدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا، وأقاما البينة ولم يؤرخا: فمدَّعي الرهن أولى استحسانا.

والقياس: أن الهبة أولى؛ لأنها تُثبِت الملك، والرهنُ لا يُثبِته، فكانت البينة المُثبِتة للزيادة أولى.

وجه الاستحسان: أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وبحكم الهبة غير مضمون، وعقدُ الضمان أقوى.

(**فإن كانت**) أي: الهبة (**بشرط العِوض: فهي**) أي: الهبة (**أولى**) من الرهن؛ لكونها في معنى البيع انتهاء، فيكون عقدها عقدَ زمانٍ يُثبِت الملك معنًى وصورةً، بخلاف الرهن؛ فإنه لا يثبته إلا عند الهلاك معنًى لا صورةً.

هذا إذا كانت العين في يدِ ثالثٍ؛ إذ لو كانت في أيديهما: يقضي بها بينهما نصفين، إلا أن يؤرخا وتاريخُ أحدهما أسبق: فيقضي له.

(**وإن بَرهَنَ خارجان على ملكٍ مُؤرَّخٍ**) -هذه المسألة قد ذُكِرت، وإعادتها هنا لأجل ذكر التاريخ-، (**أو شراءٍ مُؤرَّخٍ من واحدٍ**) -متعلق بـ«شراء»- (**غيرِ ذي اليد**): احترز بهذا عما برهنَا على ما في يدِ آخرَ كما مرَّ تفصيلها: (**فالسابقُ أولى**)؛ لأنه أثبت ملكَه في وقتٍ لا

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٦٠/أ).

فالسابقُ أولى. وإن بَرهَنَ أحدُهما على الشراء من زيدٍ، والآخَرُ عليه من بَكرٍ، واتَّفق تاريخهما: فهما سواءٌ. وكذا لو وَقَّتَ أحدُهما فقط.

ولو بَرهَنَ خارجٌ على الشراء من شخصٍ، وآخَرُ على الهبة والقبضِ من غيره، وآخَرُ على الإرث من أبيه، وآخَرُ على الصدقة والقبض من رابعٍ: قُضِيَ بينهم أَرْباعا.

ولو بَرهَنَ خارجٌ على ملكٍ مُؤرَّخٍ، وذو اليد على مِلكٍ أقدَمَ منه: ....

ينازعه فيه أحد إلا إذا تلقَّى الملك منه.

وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخي، وقولُ الإمام على تخريج صاحب «الأمالي»، وقولُ أبي يوسف آخرا ومحمد أولا، وفي قوله الآخِر -وهو قول أبي يوسف أولا-: هو بينهما كما في «التبيين»[1][١١١/أ].

(**وإن بَرهَنَ أحدُهما على الشراء من زيدٍ**، و) بَرهَنَ (**الآخَرُ عليه**) أي: على الشراء (**من بَكرٍ، واتَّفق تاريخهما: فهما سواءٌ**) حتى يكون المبيع بينهما نصفين؛ لأن كل واحد منهما أثبت الملكَ لبائعه، وملكُ بائعه مطلق بلا تاريخ، فصار كما: إذا حضر البائع، فادعى الملك المطلق: فيكون بين الخارجين؛ لاستواء تاريخهما.

(**وكذا لو وَقَّتَ أحدُهما فقط**)؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدُّم الملك؛ لجواز أن يكون الآخَر أقدمَ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا؛ لأنهما اتفقَا على الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخا: يحكم به حتى يتبيَّن أنه تقدَّمه شراء غيره.

وفي «البحر»: أن البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا: أنه اشتراها من فلان وهو يملكها[2]، وتمامه فيه، فليطالع.

(**ولو بَرهَنَ خارجٌ على الشراء من شخصٍ**، و) بَرهَنَ خارجٌ (**آخَرُ على الهبة والقبضِ من غيره**، و) بَرهَنَ خارجٌ (**آخَرُ على الإرث من أبيه**، و) بَرهَنَ خارجٌ (**آخَرُ على الصدقة والقبض من رابعٍ: قُضِيَ بينهم أَرْباعا**)؛ سواء كان معهم أو مع بعضهم تاريخ، أو لم يكن؛ لأنهم يثبتون الملك لمُملِّكيهم، وذلك لا تاريخ فيه، ولا يقدم الأقوى كما في «التبيين»[3].

(**ولو بَرهَنَ خارجٌ على ملكٍ مُؤرَّخٍ، وذو اليد على مِلكٍ أقدَمَ منه**) أي: من الخارج:

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٣١٩).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٤٢).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٣٢٠).

فهو أولى، خلافا لمحمد في روايةٍ. وكذا الخلافُ لو كانت اليدُ لهما.

ولو بَرهَنَ خارجٌ وذو يدٍ على ملكٍ مطلقٍ، ووَقَّتَ أحدُهما فقط: فالخارجُ أولى. وعند أبي يوسف: ذو الوقتِ أولى.

ولو كان المدَّعى في أيدِيهما أو في يدِ ثالثٍ والمسألةُ بحالها: فهما سواءٌ. وعند أبي يوسف: الذي وَقَّتَ أولى. وعند محمد: الذي أَطلَقَ أولى. ....

(**فهو**) أي: ذو اليد (**أولى**) عند الشيخين.

(**خلافا لمحمد في روايةٍ**)، وفي رواية عنه: على ما قالا، ثم رجع عنه، فقال: لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلا؛ لأن البينة فيه تُثبِت أوَّليّة الملك، فيستوي فيها التقدم والتأخر، فصار كأنهما أقاماها على الملك المطلق.

ولهما: أن البينة مع التاريخ تَدفَع ملك غيره في وقت التاريخ، وبينةُ ذي اليد على الدفع مقبولة، فلا يثبت الملك لغيره بعده إلا بالتلقي من جهته وهو لم يدَّعِ ذلك.

قيّد بـ«سبق تاريخ ذي اليد»؛ لأنه لو لم يكن لهما تاريخ، أو استوى تاريخهما، أو أرَّخت أحدهما فقط: كان الخارج أولى.

(**وكذا الخلافُ لو كانت اليدُ لهما**)، وأقاما البينة: فصاحب الوقت الأول أولى في قول الشيخين.

وفي قول محمد: لا يعتبر الوقت، فكأنهما قامتَا على مطلق الملك، فيكون بينهما.

(**ولو بَرهَنَ خارجٌ وذو يدٍ على ملكٍ مطلقٍ، ووَقَّتَ أحدُهما فقط: فالخارجُ أولى**) عند الطرفين.

(**وعند أبي يوسف**)، وهو رواية عن الإمام: (**ذو الوقتِ أولى**)؛ لأنه أقدم، وصار كما في دعوى الشرى: إذا أرَّخت أحدهما: كان صاحب التاريخ أولى.

ولهما: أن بينة ذي اليد إنما تقبل؛ لتضمُّنها معنى الدفع، ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته.

(**ولو كان المدَّعى في أيدِيهما أو في يدِ ثالثٍ والمسألةُ بحالها**) أي: ادعى ذو اليد أو الخارج، وأقامَا البينة، وأرَّخت إحدى البينتين: (**فهما سواءٌ**) عند الإمام.

(**وعند أبي يوسف: الذي وَقَّتَ أولى. وعند محمد: الذي أَطلَقَ أولى**).

وإن بَرهَنَ خارجٌ وذو يدٍ على النِّتاج: فذو اليد أولى. ....

وعلَّل صاحب «الهداية»: بأن دعوى أوَّلية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوعِ الباعة بعضهم على بعض، ولأبي يوسف: أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأوَّلية والترجيح بالتيقن، وللإمام: أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم، فسقط اعتباره، فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق، بخلاف الشرى؛ لأنه أمرٌ حادثٌ، فيضاف إلى أقرب الأوقات، فيترجح جانب صاحب التاريخ[1]، انتهى.

لكن صوَره في المسألة الثانية وهي قوله: «ولو في يد ثالث»، وأما في المسألة الأولى وهي قوله: «ولو في أيديهما»، فذكر أن يكون نظير قوله: «ولو أقام الخارج وذو اليد على ملك مطلق...» إلى آخره، فقال في عقبه: فعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما[2]، انتهى.

قال صاحب «الإيضاح» وغيره في تفسيره: بأن قام أحدهما على ملك مؤرخ، والآخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما، وعنده: صاحب الوقت أولى[3]، انتهى.

فبهذا التقرير ظهر مخالفة المصنف لما في «الهداية»، تتبَّعْ[١١١/ب].

(**وإن بَرهَنَ خارجٌ وذو يدٍ على النِّتاج**) أي: أقام كلٌّ منهما بينةً: (**فذو اليد أولى**)؛ لأن بينتهما قامتَا على ما لا تدل على اليد، فاستويا في الإثبات، وترجَّحت بينة صاحب اليد باليد، فيقضي له به، ولا عبرة للتاريخ؛ لأن أوَّلية الملك يستوعب كل تاريخ، فلا يفيد ذكرُه من أحدهما أو منهما؛ اتحد التاريخان أو اختلفا ما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدَّعي.

والقياس: أن يكون الخارج أولى، وبه قال ابن أبي ليلى.

وقال عيسى بن أبان: تهاترت البينتان، ويترك في ذي اليد لا على وجه القضاء[4].

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٧٠/٣).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (١٦٩/٣).

(٣) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢٥٥/٢)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢٤٢/٧).

(٤) اختلف مشايخنا المتاخرون: أن القضاء لذي اليد في باب النتاج قضاء ترك أم استحقاق؟ فعلى قول عامة مشايخنا: قضاء استحقاق، وعلى قول عيسى: قضاء ترك، وفائدته تظهر في حق الاستحقاق؛ عندنا: يقضي لذي اليد قضاء استحقاق، ولا يستحلف ذو اليد للخارج، وعنده: يستحلف ذو اليد للخارج كما في «الغاية»، وهذا ليس بصحيح، فقد ذكر في خارجَيْن أقام كلٌّ واحد منهما البينة على النتاج: أنه يقضي بينهما نصفين، ولو كان الطريق ما قال: لكان ترك في يد ذي اليد كما في «الكافي». (داماد، منه).

وكذا لو بَرهَنَ كلٌّ على تلقِّي الملكِ من آخَر، وعلى النِّتاج عنده.

ولو بَرهَنَ أحدُهما على الملكِ المطلقِ، والآخَرُ على النِّتاج: فهو أولى. وكذا لو كانَا خارجَيْن.

ولو قُضِيَ بالنِّتاج لذي اليد، ثم بَرهَنَ ثالثٌ على النِّتاج: قُضِيَ له إلا أن يُعِيد ذو اليد برهانَه؛ كما لو بَرهَنَ المَقضيُّ عليه بالملكِ المطلقِ على النِّتاج: يُقبَل، ويُنقَض القضاء.

وجه الاستحسان: ما روي أنه ﷺ قضى لذي اليد بناقة بعدما أقام الخارج بينةً: أنها ناقته نتجها، وأقام ذو اليد البينة: أنها ناقته نتجها[1][2]؛ ولأن اليد لا تدل على أوَّلية الملك، فكان مساويا للخارج، فبإثباتها يندفع الخارج، وبينة صاحب اليد مقبولة؛ للدفع[3].

(**وكذا لو بَرهَنَ كلٌّ على تلقِّي الملكِ من آخَر، وعلى النِّتاج عنده**) أي: لو تلقَّى كل واحد من الخارج وذي اليد الملكَ من رجل، فكان هناك بائعان، وأقام البينة على النتاج عند من تلقَّى منه: فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه، فيقضي به لذي اليد؛ كأن البائعين قد حضرَا، وأقامَا على ذلك بينة: فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد، كذلك ههنا كما في «العناية»[4].

(**ولو بَرهَنَ أحدُهما على الملكِ المطلقِ، والآخَرُ على النِّتاج: فهو**) أي: صاحب النتاج (**أولى**) أيهما كان؛ لأن بينته قامت على أوَّلية الملك صريحا، فلا يَثبت للآخر إلا بالتلقي منه، والآخرُ لم يتلقَّ منه، وأوَّليته تَثبت دلالةً، ولا عبرة بها مع الصريح.

(**وكذا لو كانَا خارجَيْن**)، فبرهن أحدهما على الملك المطلق، والآخرُ على النتاج: فبينة النتاج أولى؛ لِما بيَّنَّا.

(**ولو قُضِيَ بالنِّتاج لذي اليد، ثم بَرهَنَ ثالثٌ على النِّتاج: قُضِيَ له**) أي: للثالث (**إلا أن يُعِيد ذو اليد برهانَه**)؛ لأن بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدَّعي، وإنما قامت على الأول، فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية؛ (**كما لو بَرهَنَ المَقضيُّ عليه بالملكِ المطلقِ على النِّتاج: يُقبَل، ويُنقَض القضاء**) أي: لو ادعى ذو اليد والخارجُ الملكَ المطلقَ، وبرهنَا، فقُضِي

---

(١) وفي «البحر» (٧/٢٤٣): وهذا حديث صحيح مشهور، فصارت مسألة النتاج مخصوصة. (داماد، منه).

(٢) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (١٦٠/٧٣٤)، والدارقطني في «سننه» (٥/٣٧٣/٤٤٧٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٤٣٣/٢١٢٢٤).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٣٢٠).

(٤) «العناية» للبابرتي (٨/٢٦٨).

وكلُّ سببٍ لا يتكرَّر: فهو مثل النِّتاج؛ كنسجِ ثيابٍ لا تُنسَج إلا مرةً، وكحلْبِ اللَّبَنِ، واتِّخاذِ الجُبْنِ واللِّبْد ومِرْعِزَّى، وجَزِّ الصوفِ. ....

على ذي اليد بالملك، ثم إن ذا اليد المقضي عليه لو أقام البينة على النتاج: تقبل، وينقض به القضاء الأول؛ لأنه بمنزلة النص في دلالته على الأوَّلية قطعا، فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص، وهذا استحسان.

وفي القياس: لا يَقبل برهانه؛ لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما في «العناية»[1].

وفي «البحر»: أطلق، فشمل ما: إذا بَرهَن الخارج فقط على النتاج، وقُضِي له، ثم برهن ذو اليد: يُقضَى له، ويبطل القضاء الأول.

ولو ادعى ذو اليد نتاجا أيضا، ولم يُبرهِنا حتى حكم بها للمدَّعي بالنتاج، ثم بَرهَن المدَّعى عليه على النتاج: لا ينتقض الحكم.

ثم اعلم: أن المقضي عليه في حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا بَرهَن على إبطال القضاء، أو على تلقي الملك من المقضي له، أو على النتاج[2]، انتهى.

(**وكلُّ سببٍ لا يتكرَّر**) أي: في الملك إذا ادعاه ذو اليد: (**فهو مثل النِّتاج**) أي: حكمُه حكمُ النتاج في جميع ما ذكرنا من الأحكام، وذلك؛ (**كنسجِ ثيابٍ لا تُنسَج إلا مرةً**) كما إذا ادعى رجل ثوبا: «أنه ملكُه نسَجه»، وهو مما لا يتكرر نسجه، وكما إذا ادعت غزلَ قطنٍ: «أنه ملكُها غزَلته بيدها»، (**وكحلْبِ اللَّبَنِ**)؛ فإنه مما لا يتكرَّر أيضا، فإذا ادعى لبنا: «أنه ملكُه حلَبه من شاتِه»، (**واتِّخاذِ الجُبْنِ**) بأن ادعى جبنا: «أنه ملكُه صنَعه في ملكه»، (**واللِّبْد**) بأن ادَّعى لِبْدًا بـ«أنه صنعه من الصوف الذي هو ملكه»، (**ومِرْعِزَّى**) -وهي: كالصوف تحت شعر العنز- (**وجَزِّ الصوفِ**[3]) بأن ادعى صوفا مجزوزا: «أنه ملكُه جزَّه من شاته»، وأقام على ذلك بينة[١١٢/أ]، وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة: فإنه يقضي بذلك لذي اليد؛ لأنه في معنى النتاج من كل وجهٍ، فيلحق به بدلالة النص.

---

(١) «العناية» للبابرتي (٢٦٩/٨).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٤٣/٧).

(٣) **فإن قيل**: كيف يكون الجز في معنى النتاج، وهو ليس بسبب للأوَّلية الملك؛ فإن الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز؟ قلنا: نعم، ولكنه كان كوصف الشاة، ولم يكن مالا مقصودا إلا بعد الجز، ولذا لم يجز بيعه قبله، وما تنازعا فيه مال مقصود. (داماد، منه).

وما يتكرَّر: بمنزلةِ الملكِ المطلقِ؛ كنَسجِ الخزِّ، وكالبناءِ والغَرْسِ، وزراعةِ البُرِّ والحُبوبِ. وما أَشكَلَ: رُجِعَ فيه إلى أهل الخِبْرة، فإن أَشكَلَ عليهم: جُعِلَ كالمطلقِ.

وإن بَرهَنَ خارجٌ على ملكٍ مطلقٍ وذو يدٍ على الشراء منه: فهو أولى. وإن بَرهَنَ كلٌّ منهما على الشراء من صاحبِه، ولا تاريخَ: تَهاترَتا، وتُرِكَ المال في يدِ ذي اليدِ،........

(**وما يتكرَّر**) أي: كل سبب يتكرر: قُضِي به للخارج: (**بمنزلةِ الملكِ المطلقِ**)، فلا يلحق بالنتاج؛ (**كنَسجِ الخزِّ**) -وهو: اسم دابة، ثم سمي الثوب المتَّخذ من وبَره «خزا»-؛ فإنه مما يتكرر؛ لأن الخز والصوف والشعر إذا بلي: يُنقَض، ويُغزَل مرة أخرى، ثم يُنسَج، فيحتمل أن ذا اليد نسَجه، ثم غصبه الخارج ونقضه، ثم نسَجه، فيكون ملكا له بهذا الطريق، فلم يكن في معنى النتاج، (**وكالبناءِ**)؛ فإنه مما يتكرر؛ لأنه يبنى، ثم ينهدم، ثم يبنى، (**والغَرْسِ**)؛ لأن النخل يُغرَس غير مرة، (**وزراعةِ البُرِّ والحُبوبِ**)؛ لأن البر قد يُزرَع في الأرض، ثم يُغربَل التراب، فيميز البر منه، ثم يزرع ثانيا، فلم يكن في معنى النتاج.

وكذا كل ما يُزرَع مما يُكال أو يوزن، فإذا ادعى ثوبا: «أنه ملكُه من خزه»، أو ادعى دارا: «أنها ملكُه بناها»، أو ادعى غرسا: «أنه ملكُه غرَسه»، أو حنطةً: «أنها ملكُه زرَعها»، أو حَبًّا آخر من الحبوب، وأقام على ذلك بينة، وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة: قُضِي به للخارج؛ لِما مرَّ.

(**وما أَشكَلَ**) بحيث لا يتيقن بالتكرر وعدمه: (**رُجِعَ فيه إلى أهل الخِبْرة**)؛ لأنهم أعرف به، وقد قال الله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣]، (**فإن أَشكَلَ عليهم**) أي: على أهل الخبرة: (**جُعِلَ كالمطلقِ**) أي: قُضِي به للخارج؛ لأن القضاء ببينة هو الأصل، وإنما عدلنا عنه بخبر النتاج كما روَيْنا، فإذا لم يُعلَم: يَرجع إلى الأصل.

(**وإن بَرهَنَ خارجٌ على ملكٍ مطلقٍ وذو يدٍ على الشراء منه**) أي: من الخارج بأن كان عبدٌ -مثلا- في زيدٍ، وادعاه بكر بأنه ملكُه، وبرهن عليه، وبرهن زيدٌ على الشراء منه: (**فهو**) أي: ذو اليد (**أولى**)؛ لأن الخارج وإن كان يُثبِت أوَّلية الملك: فذو اليد يتلقى الملك منه، ولا تنافي فيه، فصار كما إذا أقرَّ بالملك له، ثم ادعى الشراء منه.

(**وإن بَرهَنَ كلٌّ منهما**) أي: من الخارج وذي اليد (**على الشراء من صاحبِه، ولا تاريخَ**) لهما: (**تَهاترَتا**[1]) أي: سقطت البينتان، (**وتُرِكَ المال في يدِ ذي اليدِ**) بغير قضاء عند **الشيخين**.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «تهاترا».

وعند محمد: يُقضَى للخارجِ. وإن أرَّخَا في العَقار بلا ذكرِ قبضٍ وتاريخُ الخارجِ أسبَقُ: قُضِيَ لذي اليد، وعند محمد: للخارجِ. وإن أَثبَتَا قبضًا: قُضِيَ لذي اليدِ اتفاقا. وإن كان وقتُ ذي اليدِ أسبَقَ: قُضِيَ للخارج في الوجهَيْن. ....

(**وعند محمد**): إن كان في يد أحدهما: (**يُقضَى**) بالبينتين (**للخارجِ**)؛ لإمكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشتريا من الخارج وقبضه، ثم باعه منه ولم يقبضه، فيؤمر بالدفع إليه؛ لأن تمكُّنه من القبض دلالة السبق على ما مرَّ، ولا يَعكس؛ لأن البيع قبل القبض لا يجوز.

ولهما: أن الإقرار بالشراء من صاحبه إقرارٌ منه بالملك له، فصار بينة كل منهما كأنها قامت على إقرار الآخر، وفيه التهاتر بالإجماع؛ لتعذر الجمع، فكذا هذا كما في «التبيين»[1].

(**وإن أرَّخَا**) أي: الخارج وذو اليد (**في العَقار بلا ذكرِ قبضٍ وتاريخُ الخارجِ أسبَقُ: قُضِيَ لذي اليد**) عند الشيخين، فيجعل كأن الخارج اشترى أولا، ثم باع قبل القبض من ذي اليد، وهو جائز في العقار عندهما.

(**وعند محمد**): قُضِي (**للخارجِ**)؛ إذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض، فبقي على ملكه.

وفي «التبيين»: وكان ينبغي أن يقضي به لذي اليد عنده أيضا، فيجعل الخارج كأنه قبَضه، ثم باعه لذي اليد عنده أيضا، فيجعل الخارج كأنه قبَضه، ثم باعه من بائعه وهو ذو اليد؛ تصحيحا للعقد[2]، انتهى.

(**وإن أَثبَتَا قبضًا: قُضِيَ لذي اليدِ اتفاقا**)؛ لأن البيعَيْن جائزان على القولين؛ لأن الخارج باعه على بائعه بعدما قبَضه، وذلك صحيح.

(**وإن كان وقتُ ذي اليدِ أسبَقَ: قُضِيَ للخارج في الوجهَيْن**)، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد، وقبَض، ثم باع ولم يُسلِّم، أو سلَّم ثم وصل إليه بسبب آخر كما في «الهداية»[3].

لكن في «البحر»: وفي «المبسوط» ما يخالفه كما عُلِم من «الكافي»[4]، وتمامه فيه، فليطالع.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٢٢/٤).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٢٢/٤).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (١٧١/٣).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٤٢/٧)، و«الكافي شرح الوافي» للنسفي (١٦٢/٢/أ)، و«المبسوط» للسرخسي (٥٥/١٧).

ولا ترجيحَ بكثرةِ الشهودِ.

قال ابن الشيخ في «شرح الوقاية»: قالوا: حاصل الكلام في ضبط هذه الأقسام:

* إن كان تاريخ أحد المدَّعيَيْن عند إقامتهما البينةَ سابقًا: فهو أحقُّ.

* وإن لم يكن سابقا، بل كان مساويا بأن أرَّخا موافقا، أو لم يُؤرِّخا أصلا، أو أرَّخ أحدُهما؛

* وكان كلُّ واحد منهما صاحبَ يدٍ أو كان كلٌّ منهما خارجا؛ في الملك المطلق، أو في الملك بسبب: فهما متساويان، إلا إذا تلقَّيا من واحد، وأرَّخ أحدهما: فهو أحقُّ.

* وإن كان أحدهما صاحبَ يدٍ[١١٢/ب]، والآخر خارجا: فالخارج أحقُّ في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ.

إلا إذا ادَّعيا مع الملك فعلا بأن قال: «هو عبدي أعتقتُه» أو «... دبَّرتُه»: فذو اليد أحقُّ.

بخلاف ما: إذا قال كل واحد: «هو عبدي كاتبتُه»: فهما متساويان؛ لكونهما خارجَيْن، إذ لا بد في عقد الكتابة من أهلية العاقدَيْن؛

* فإذا عقدَا: يكون العبد معتقا يدا، فلا يتصور اليد عليه، بخلاف المعتق؛ فإنه في يد المولى إذا كان صغيرا أو كبيرا لا يُعرَف عتقه.

* ولو قال أحدهما: «هو عبدي كاتبتُه»، وقال الآخر: «... دبَّرتُه» أو «... أعتقتُه»: فهو أولى؛ لأن كل بينة يكون أكثرَ إثباتا: فهو أحقُّ.

هذا في الخارج وذي اليد في الملك المطلق. أما في الملك بسببٍ؛

* فإن ذكر الخارج وذو اليد سببا واحدا، وتلقَّيا من واحد: فذو اليد أحقُّ، وإن تلقَّيا من اثنين: فالخارج أحقُّ عند التساوي في التاريخ.

* وإن ذكرَا سببَيْن كالشراء والهبة وغيرِ ذلك: ينظر إلى قوة السبب، انتهى.

(**ولا ترجيحَ بكثرةِ الشهودِ**)؛ لأن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته، حتى: لو أقام أحد المدَّعيَيْن شاهدَيْن والآخرُ أربعةً: فهما سواء؛ إذ شهادتهما ليست أقلَّ من شهادتهم في إثبات المدَّعي؛ لأن الاثنين علةٌ تامةٌ موجبةٌ للحكم، فالكثرة لا تصلح للترجيح؛ ولهذا لا تُرجَّح الآية بآية أخرى، ولا الخبر بالخبر، وإنما يُرجَّح بقوةٍ فيه بأن كان أحدهما متواترا

وإن ادَّعى أحدُ خارجَيْن نصفَ دارٍ، والآخَرُ كلَّها: فالرُّبُعُ للأول، وعندهما الثُّلُثُ، والباقي للآخَر. وإن كانت في يدهما: فكلُّها لمدَّعي الكلِّ؛ نصفٌ بقضاءٍ، ونصفٌ بلا قضاءٍ.

والآخر من الآحاد، أو كان أحدهما مفسرا والآخر محتملا: فيرجح المفسر على المحتمل، والمتواتر على الآحاد؛ لقوة وصفٍ فيه.

وقيل: يقضي لأكثرهما عددا؛ لأن القلب أميَلُ إلى قول الأكثر.

وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة؛ لأن المعتبرة في الشاهد أصل العدالة، وهي ليست بذي حدٍّ، فلا يقع الترجيح بها، خلافا **لمالك**[1].

(**وإن ادَّعى أحدُ خارجَيْن نصفَ دارٍ، والآخَرُ كلَّها**)، وبَرهنَا على ذلك: (**فالرُّبُعُ للأول**) عند **الإمام**.

(**وعندهما**): للأول (**الثُّلُثُ، والباقي للآخَر**)؛

* لأن **الإمام** اعتبر طريق المنازعة، وهو: أن صاحب النصف لا يُنازع صاحبَ الكل في النصف، فسلَّم له النصف، واستوت منازعتهما في النصف الآخر، فيُنصِّف النصف بينهما، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع، ولصاحب النصف الربع.

* **وهما** اعتبرَا طريق العول والمضاربة؛

* لأن في المسألة كلاًّ ونصفًا، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة، ولصاحب الكل سهمان، ولصاحب النصف سهمٌ، هذا هو **العول**.

* وأما **المضاربة**: فإن كل واحد يَضرِب بكل حقه، فلصاحب الكل له ثُلُثان من الثلاثة فيضرب الثلثَيْن في الدار، وصاحب النصف له ثلثٌ من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار، فيحصل له ثلث الدار؛ لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة؛ فإنه إذا ضرب الثلث في الستة: معناه: ثلث الستة، وهو: اثنان.

وفي «البحر» تفصيل[2]، فليراجع.

(**وإن كانت**) الدار (**في يدهما: فكلُّها**) أي: كل الدار (**لمدَّعي الكلِّ؛ نصفٌ بقضاءٍ، ونصفٌ بلا قضاءٍ**)؛ لأن دعوى مدَّعي النصف منصرفة إلى ما في يده؛ لتكون يدُه يدَ محقةٍ

---

(١) «البيان» لابن رشد (١٠/٧١).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٤٧).

ولو بَرهَنَ خارجان على نِتاج دابةٍ، وأرَّخا: قُضِيَ لمن وافَقَ سِنُّها تاريخَه، وإن أَشكَلَ: فلهما، وإن خالَفَهما: بَطَلاَ.

وإن بَرهَنَ أحدُ الخارجَيْن على غصبِ شيءٍ، والآخَرُ على وديعتِه: استوَيَا.

فصل في التنازع بالأيدي: ....

في حقه؛ لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجبٌ، فمدَّعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع، فسلَّم النصف لمدَّعي الجميع بلا منازعة، فبقي ما في يده لا على وجه القضاء؛ إذ لا قضاء بدون الدعوى، واجتمعت بينةُ الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف، فتُقدَّم بينةُ الخارج، ولو كانت في يد ثلاثةٍ؛ فادعى أحدهم كلَّها، وآخرُ ثلثَها، وآخر نصفَها، وبرهنوا: فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة، وعندهما بالعول، وبيانه في «الكافي»[1]، فليطالع[١١٢/أ].

(**ولو بَرهَنَ خارجان على نِتاج دابةٍ، وأرَّخا: قُضِيَ لمن وافَقَ سِنُّها تاريخَه**)؛ لرجحانه بشهادة الحال، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالثٍ؛ لأن المعنى لا يختلف.

(**وإن أَشكَلَ**) أي: سنُّها بأن لا يوافق التاريخَيْن لعدم العلم: (**فلهما**[2]) أي: يقضي لهما؛ لعدم رجحان أحد البرهانين.

(**وإن خالَفَهما**) أي: خالف السنُّ التاريخَيْن معا: (**بَطَلاَ**) أي: البرهانان؛ لظهور كذب كل من الفريقين، فتترك الدابة بغير قضاء في يد صاحب اليد كما في «الهداية» وغيرها[3].

وفي «التبيين»: والأصح: أنهما لا يبطلان، بل يقضي بها بينهما إن كانا خارجين أو كانت في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما: يقضي بها بينهما[4]، وتمامه فيه، فليطالع.

(**وإن بَرهَنَ أحدُ الخارجَيْن على غصبِ شيءٍ، والآخَرُ على وديعتِه: استوَيَا**)؛ لأن المودع إذا أنكر الوديعة: يصير غاصبا، وبرهانُ الوديعة يتضمَّن إنكار صاحب يد.

(فصل في التنازع بالأيدي)

---

(١) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٦٥/أ).

(٢) في الأصل: «لهما»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٧٢)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٤١).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٣٢٤).

لابِسُ الثوبِ أولى من الآخِذ بكُمِّه، والراكبُ أحقُّ من الآخِذ باللِّجام، ومَن في السَّرج أحقُّ من الرديفِ، وصاحبُ الحِمْل أولى ممن علَّق كُوزه عليها. والراكبان بلا سَرْج أو فيه سواءٌ. وكذا الجالسُ على البِساط والمُتعلِّقُ به، ومَن معه ثوبٌ وطرفُه مع آخَر.

لمَّا فرَغ من بيان وقوع الملك بالبينة: شرَع في وقوعه بظاهر اليد؛ لِما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت البينة: لا يلتفت إلى اليد، فقال:

(**لابِسُ الثوبِ أولى من الآخِذ بكُمِّه، والراكبُ أحقُّ من الآخِذ باللِّجام، ومَن في السَّرج أحقُّ من الرديفِ**) أي: لو تنازَعَا ثوبا؛ أحدهما لابسٌ، والآخَر آخِذ بكُمِّه وغيرِه من الأطراف، ولا بينة: فاللابس أولى من الآخذ في كونه صاحب اليد؛ لأنه متصرف ومستعمل.

وكذا لو تنازَعَا دابةً؛ أحدهما راكبها، والآخَر آخِذ بلجامها: والراكب أولى في كونه ذا يد؛ إذ تصرفه أقوى.

وكذا لو تنازعا دابة؛ أحدهما راكب بسَرْجها، والآخر رديفه: فالأول أحق؛ لأن تمكُّنه من ذلك دليلٌ على تقدُّم يده، وقيل: هي بينهما على السواء.

(**وصاحبُ الحِمْل أولى ممن علَّق كُوزه عليها**) أي: إذا تنازعَا دابةً؛ وعليها حِمْل لأحدهما، وللآخر كُوز: والأول أولى من كونه ذا يد؛ لأنه أكثر تصرُّفا فيها، ولا ترجيح بكثرة الحمل إن كانا حمَلاَها وتنازعَا كما لا عبرة بكثرة الشهود.

وإذا أقامَا بينةً في هذه الصوَر: فبينةُ مَن كان في حكمِ خارجٍ أولى؛ لِما مرَّ مرارا.

(**والراكبان بلا سَرْج أو**) راكبان (**فيه**) أي: في السرج (**سواءٌ**)؛ لاستوائهما في التصرف.

ولو كان أحدهما متعلِّقا بذنبها والآخرُ مُمسِكا بلجامها: قالوا: ينبغي أن يقضي بها لمن يُمسِك لجامَها؛ لأنه لا يتعلق باللجام غالبا إلا المالك، بخلاف التعليق بالذنب.

(**وكذا الجالسُ على البِساط والمُتعلِّقُ به**) سواء؛ أي: إذا تنازعَا في بساطٍ؛ أحدهما قاعد عليه، والآخر متعلق به: فهو بينهما نصفان، لا على طريق القضاء؛ لأن الجلوس عليه ليس بيد، فاستوَيَا في عدم اليد، بخلاف الركوب واللبس؛ لأن المرء يصير بهما غاصبا لا بالجلوس.

وكذا إذا كانا جالسين عليه: فهو بينهما.

(**ومَن معه**) أي: وكذا إن كان (**ثوبٌ**)[١] في يد رجل، (**وطرفُه مع آخَر**): حيث ينصف

---

(١) في الأصل من صلب الشرح، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

والحائطُ لمن جُذوعُه عليه أو اتَّصل ببنائه اتصالَ تربيعٍ، لا لمن له عليه هَراديُّ، بل الجاران فيه سواءٌ. وإن كان لكلٍّ عليه ثلاثةُ جُذوعٍ: فبينهما، ولا ترجيحَ بالأكثر منها. ......

بينهما وإن كان يد أحدهما في الأكثر؛ لأن الزيادة من جنس الحجة؛ فإن كل واحد منهما مستمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكا، ومثل تلك لا يوجب الرجحان.

وفيه إشارة إلى الفرق بين، هذا وبين مسألة القميص؛ لأن الزيادة ليست من جنس الحجة فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كما في العناية[1] بخلاف جالسي الدار تنازعا فيها حيث لا يقضي بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره؛ لأن الجلوس لا يدل على الملك.

(**والحائطُ**) -وهو: الجدار- (**لمن جُذوعُه عليه**) أي: على الحائط، (**أو اتَّصل ببنائه اتصالَ تربيعٍ**).

«اتصال التربيع»: اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لَبِنات هذا الجدار في لَبِنات ذلك، وإنما سمي: «اتصال التربيع»؛ لأنهما يُبنَيان ليُحيطَا مع جدارين آخرين بمكان مربَّعٍ، وإن كان الجدار من خشب: فالتربيع أن يكون ساجُ أحدِهما مركَّبا في الآخر، وأما إذا نُقِب وأُدخِل: فلا يكون مربعا، فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع؛ لعدم المداخلة، فلا يدل على أنهما بُنِيا معا.

(**لا لمن له عليه هَراديُّ**[2]) -وهي: خشبات توضَع على الجذوع، ويلقى عليها التراب- ؛ فإنها غير معتبرة، وكذا البَواري؛ لأنه لم يكن استعمالا له وضعا؛ إذ الحائط لا يُبنَى لها، بل هي للتسقيف، وهو لا يمكن على الهرادي والبواري كما في «الدرر»[3][١١٣/ب]، (**بل الجاران فيه سواءٌ**)، يعني: إذا تنازَعَا في حائط، ولأحدهما عليه هرادي، وليس للآخر شيء: فهو بينهما؛ لأن الحائط لا يبنى لأجلها، بخلاف الجذوع.

(**وإن كان لكلٍّ**) من الرجلين (**عليه**) أي: على الحائط (**ثلاثةُ جُذوعٍ: فبينهما**)؛ لاستوائهما في أصل العلة، (**ولا ترجيحَ بالأكثر منها**) أي: من الثلاثة، يعني: ولا معتبر

---

(١) «العناية» للبابرتي (٢٨٣/٨).

(٢) «الهرادي» -بفتح الهاء وكسر الدال-: جمع «هِرْدَى» -بكسر الهاء وسكونِ الراء وفتحِ الدال المهملتين وقصرِ الألف-، وفي «العناية» (٢٨٤/٨): جمع «هرديَّة»، وهي: قَصَبات تُضمُّ ملوِيَّة بطاقات من الكَرْم، يُرسَل عليهما قُضْبان الكَرْم. (داماد، منه).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٥٠/٢).

وإن كان لأحدِهما ثلاثةٌ، وللآخَر أقلُّ: فهو لصاحب الثلاثة، وللآخَر موضعُ خشَبِه. ولو لأحدِهما جذوعٌ، وللآخَر اتصالٌ: فلذي الاتِّصال، ....

بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا؛ لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بيَّنَّا.

واشترط أن يبلغ ثلاثا؛ لأن الحائط يُبنى للتسقيف، وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا، فصار الثلاث كالنصاب له.

(**وإن كان لأحدِهما ثلاثةٌ**) جذوعٍ، (**وللآخَر أقلُّ: فهو**) أي: الحائط (**لصاحب الثلاثة**) استحسانا، وهو قول الإمام.

والقياس -وهو مروي عن الإمام-: أن يكون بينهما نصفين؛ لِما بيَّنَّا: أن الترجيح بالقوة لا بالكثرة، فيستويان.

ووجه الاستحسان: أن ما دون الثلاث حجة ناقصة؛ إذ لا يبنى الحائط فيما دونه، والحجةُ الناقصةُ لا تظهر بمقابلة الكاملة.

(**وللآخَر موضعُ خشَبِه**) باتفاق الروايات؛ لأن حُكمَنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر، وهو يصلح بالدفع لا للاستحقاق، فلا يؤمر بالقلع.

ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في أنه يملك ذلك الموضع أو لا؟

* ذكر في كتاب الدعوى: أن الحائط بينهما على قدر الإجذاع[1]؛ لأن موضع جذعه مشغول بجذعه، فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال، فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته؛ لوجود سبب الاستحقاق فيه، وصحَّحه قاضي خان.

* وفي كتاب الإقرار: أن الحائط كلَّه لصاحب الأجذاع[2]، ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع؛ لأن الحائط لا يُبنَى لأجل جذع أو جذعين عادة، وإنما يُنصَب له أسطوانة، فلا يحكم له بالملك، وفي «المحيط»: وهو أصح[3]، وتمامه في «التبيين»[4]، فليطالع.

(**ولو**) كان (**لأحدِهما جذوعٌ، وللآخَر اتصالٌ: فلذي الاتِّصال**) أي: صاحب الاتصال

(١) «الأصل» للإمام محمد (٣٣/٨).
(٢) «الأصل» للإمام محمد (٢٤٩/٨).
(٣) «المحيط البرهاني» لابن مازة (١٦/٩).
(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٢٧/٤).

وللآخَر حقُّ الوضعِ. وقيل: لِذي الجُذوع.

وذو بيتٍ من دارٍ كَذِي بيوتٍ منها في حقِّ ساحتِها.

ولو ادَّعيَا أرضًا؛ كلٌّ: «أنها في يده»، وبَرهَنَا: قُضِيَ بيدهما، فإن بَرهَنَ أحدُهما أو كان لَبِنٌ فيها أو بَنَى أو حَفَرَ: قُضِيَ بيده. ....

أولى، (وللآخَر) أي: لصاحب الجذوع (**حقُّ الوضعِ**)، وهذه رواية الطحاوي[1]، وصحَّحه الجرجاني؛ لأن الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد، فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله، ثم يبقى للآخر وضع جذوعه؛ لِما بيَّنَّا.

ولا فرق بين أن يكون الاتصال من جانب أو من جانبين.

(**وقيل: لِذي الجُذوع**) أي: صاحبُ الجذوع أولى، ورجَّح السرخسي هذه الرواية[2]؛ لأن له تصرفا في الحائط، ولصاحب الاتصال اليدُ، والتصرُّفُ أقوى في الدلالة على الملك.

وفي «المحيط»: الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب؛ اتصالُ تربيع، واتصالُ ملازقةٍ ومجاورةٍ، ووضعُ جذوعٍ ومحاذاةِ بناءٍ، فأَوْلاهم صاحب التربيع، ثم صاحب جذوع، ثم صاحب المحاذاة[3].

(**وذو بيتٍ من دارٍ كَذِي بيوتٍ منها**) أي: من الدار (**في حقِّ ساحتِها**) أي: الساحةُ نصفان بينهما؛ لاستوائهما في الاستعمال، وهو: المرور فيها، والتوضؤ، وكسر الحطب، ووضع الأمتعة، ونحو ذلك، فصارت نظير الطريق، بخلاف ما: إذا تنازَعَا في الشرب: حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما.

(**ولو ادَّعيَا أرضًا؛ كلٌّ**) منهما يدَّعي: («**أنها**) أي: الأرض (**في يده**)»، **وبَرهَنَا**): كذلك (**قُضِيَ بيدهما**)؛ لأن اليد فيها غير مشاهد؛ لتعذر إحضارها، والبينةُ تُثبِت ما غاب عن علم القاضي.

(**فإن بَرهَنَ أحدُهما**) فقط، (**أو كان**) أحدهما (**لَبِنٌ فيها**) أي: في الأرض لبنا، (**أو بَنَى**) فيها، (**أو حَفَرَ**) فيها: (**قُضِيَ بيده**).

---

(١) «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (٢١٣/٨).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (٨٧/١٧).

(٣) «المحيط البرهاني» لابن مازة (١٣٣/٩).

وفي يده صبيٌّ يُعبّر عن نفسه قال: «أنا حرٌّ»: فالقولُ له، وإن قال: «أنا عبدٌ لفلان»: فهو عبدٌ لذي اليد. وكذا من لا يُعبّر عن نفسه. فلو ادَّعَى الحريةَ عند كبرِه: لا يُقبَل بلا حجَّةٍ.

باب دعوى النسب: وَلَدتْ مَبيعةٌ لِأقلَّ من نصفِ سنةٍ منذ بِيعَتْ، فادَّعاه البائعُ:......

أما الأول: فلقيام الحجة؛ فإن اليد حق مقصود[١١٤/أ]، وأما في الصوَر الباقية: فلوجود التصرف والاستعمال.

ولو قال: «أو تصرَّفا» بدل: «أو كان لبن فيها أو بنى أو حفر»: لكان أشمل وأقصر، تدبَّرْ.

(**وفي**[١] **يده صبيٌّ يُعبِّر عن نفسه**) أي: يتكلَّم ويعلم ما يقول، (**[قال]**[٢]: **«أنا حرٌّ»**)، وأنكر صاحب اليد: (**فالقولُ له**)؛ لأنه إن كان يُعبِّر عن نفسه: فهو في يد نفسه، فلا يقبل دعوى أحد عليه: «أنه عبده» عند إنكاره إلا ببينة كالبالغ.

(**وإن قال**) هذا الصبي: (**«أنا عبدٌ لفلان»**)، وهو غير ذي اليد: (**فهو عبدٌ لذي اليد**) **بالإجماع**؛ لأنه لمَّا أقرَّ بكونه رقيقا لفلان: أقرَّ أنه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه، فلا يعمل بإقراره، ويكون عبدا لذي اليد لا للخارج إلا بالبينة.

لا يقال: إن الإقرار بالرق ضررٌ، وكان الواجب أن لا يعتبر في حق الصبي؛ لأن الرق لم يثبت بقوله، بل بدعوى ذي اليد؛ لعدم المعارض، وتمامه في «التبيين»[٣]، فليراجع.

(**وكذا من لا يُعبِّر عن نفسه**)؛ إذ هو بمنزلة المتاع، فيكون ملكا لمن هو في يده إن ادعاه؛ لعدم المعارض من يدٍ على نفسه حقيقة أو حكما.

(**فلو ادَّعَى الحريةَ عند كبرِه: لا يُقبَل بلا حجَّةٍ**) أي: لو كبُر، وادعى الحرية: فلا يقبل قوله؛ لأنه ظهر عليه الرق، فلا ينقض ذلك إلا ببينة.

(باب دعوى النسب)

لمَّا فرَغ من بيان دعوى الأموال: شرَع في دعوى النسب؛ لأن الأول أكثر وقوعا، فكان أهمَّ ذكرا، فقدَّمه.

(**وَلَدتْ مَبيعةٌ لِأقلَّ من نصفِ سنةٍ**) قمَريَّةٍ (**منذ بِيعَتْ، فادَّعاه**) أي: الولدَ (**البائعُ**) أي:

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «في» بدون الواو.

(٢) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٢٨/٤).

فهو ابنُه وهي أمُّ ولدِه، ويُفسَخ البيعُ، ويُرَدُّ الثمنُ وإن ادَّعاه المشتري مع دِعوتِه أو بعْدَها. وكذا لو ادَّعاه بعد موتِ الأمِّ أو عِتقِها. ....

بائع المبيعة ولو أكثر من واحد: (**فهو**) أي: الولد (**ابنُه**)، فيثبت نسبه من البائع بدعوته وإن لم يصدقه المشتري؛ لتيقُّن العُلوق قبل البيع في ملكه مع دعوةٍ لم تَبطل بالبيع.

والمراد من «المبيعة»: الجارية التي لا تُباع إلا مرة كما هو المتبادر، فبهذا اندفع ما قيل[1] من: أنه واجب عليه أن يقول مذ بِيعت وقد ملكها سَنتَين؛ احترازا عما إذا بِيعت مرتين، فولدت لأقل من ستة أشهر؛ فإنه حينئذ لم يتيقن أن العلوق في ملك البائع الأول أو الثاني.

(**وهي**) أي: الجارية (**أمُّ ولدِه**)؛ لأن العلوق وقع في ملكه بيقين، (**ويُفسَخ البيعُ**)؛ لعدم جواز بيع أم الولد، فيَأخذ البائع المبيعةَ، (**ويُرَدُّ الثمنُ**)؛ لعدم سلامة المبيع للمشتري (**وإن**) -وصلية- (**ادَّعاه**) أي: النسبَ (**المشتري مع دِعوتِه**) أي: البائعِ، (**أو**) ادَّعاه المشتري (**بعْدَها**)؛ لأن دعوةَ البائع دعوةُ استيلاد؛ لكون أصل العلوق في ملكه، ودعوةُ المشتري دعوةُ تحريرٍ؛ إذ أصل العلوق لم يكن في ملكه، والأول أقوى وأسبق.

هذا عندنا، وهو استحسان؛ لأن العلوق لمَّا اتصل بملكه: كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث إن الظاهر عدم الزنا مع أن النسب مبناه على الخفاء، فيُعفَى فيه التناقض[١١٤/ب].

والقياس -وهو قول زفر والأئمة الثلاثة-: دعوة باطلة[2]؛ لأن البيع اعتراف منه بأنها أمة، وبالدعوة يكون مناقضا، وإذا بطلت دعواه: لم يثبت النسب بدون الدعوة إلا أن يصدقه المشتري.

أما لو ادعى المشتري أولا، ثم ادعاه البائع: لا يثبت النسب من البائع؛ لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض كإعتاقه؛ إذ يحمل على أن المشتري نكَحها، واستولدها، ثم اشتراها.

(**وكذا**) يثبت النسب من البائع (**لو ادَّعاه**) أي: البائع (**بعد موتِ الأمِّ أو عِتقِها**) أي: إن ماتت الأم، ثم ادعاه البائع وقد ولدت للأقل: يثبت النسب من البائع، ويأخذ الولد؛ لأن الأصل في ثبوت النسب هو الولد لا الأم، ولذا تضاف الأم إليه، ويقال: «أم الولد»، وتستفيد

---

(١) قائله: أبو المكارم. (داماد، منه).

(٢) «البيان» للعمراني (٥/٤٦)، و«التَّنبيهات المُستنبَطة» لليحصبي (٢/٩٤٦)، و«الفروع» لابن مفرج (٩/٢٢٢).

ويردُّ حِصَّته من الثمن في العتق وكل الثمنِ في الموت، وقالا: حِصَّته فيهما. ولو ادَّعاه بعد موتِه أو عتقِه: رُدَّتْ.

الأمُّ الحريةَ من جهته؛ لقوله ﷺ: «**أَعتقَها ولدها**»[1]، فالثابت لها حق الحرية وله حقيقتها، والأدنى يتبع الأعلى، فلا يضره فوات التبع.

وكذا لو ادَّعى البائع الولدَ المولود لأقل من نصف سنة بعد إعتاق المشتري **الأمَّ**: يثبت نسبه، ويحكم بحريته لا في حق الأم، فلا تصير أم الولد للبائع؛ لأن دعوته إن صحَّت في حق الأم: بطَل إعتاق المشتري، والعتقُ بعد وقوعه لا يحتمل البطلان.

(**ويردُّ حِصَّته**) أي: حصة الولد (**من الثمن في العتق**) أي: يقسم الثمن على قيمتَي الولد والأم، ويَردُّ ما أصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون ما أصاب الأم من القيمة يوم القبض، (**و**) يردُّ (**كل الثمنِ في الموت**) عند **الإمام**؛ لأنه تبيَّن أنه باعَ أم ولده، وماليَّتُها غير متقوِّمة **عنده** في العقد والغصب، فلا يضمنها المشتري.

(**وقالا**): يردُّ (**حِصَّته فيهما**) أي: في العتق والموت؛ لأنها متقومة عندهما، فيَضمَنها.

فعلى ما ذكره يكون ردُّ حصتِه من الثمن لا حصتُها متفقا عليه، إنما الخلاف في الموت، لكن في «الدرر» وغيره: إذا أعتق المشتري الأمَّ، أو دبَّرها: يَردُّ البائع على المشتري حصته من الثمن **عندهما**، **وعنده**: يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت كذا ذكر في «الهداية»[2].

فعلى هذا: أن الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب «الهداية»، والمصنف اختار ما ذكر في «المبسوط» حيث قال: «يرد حصته من الثمن لا حصتها **بالاتفاق**»، وفرَّق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضي كذَّب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري، فبطل زعمه، ولم يوجد التكذيب في فصل الموت، فيؤاخذ بزعمه، فيستردُّ بحصتها أيضا كما في «الكافي»[3].

(**ولو ادَّعاه**) البائع (**بعد موتِه**) أي: بعد موت الولد، (**أو عتقِه: رُدَّتْ**) دعواه؛ لعدم

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢٥١٦)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٥/٤٥٠/٣١٣٢)، والدارقطني في «سننه» (٥/٢٣١/٤٢٣٣)، والحاكم في «المستدرك» (٢/٢٣/٢١٩١).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٥١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٤/٣٣١)، و«الهداية» للمرغيناني (٣/١٧٤).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (١٧/١٠٢)، و«الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/١٧٠/ب).

ولو وَلَدتْ لأكثرَ من نصفِ سنةٍ وأقلَّ من سنتَين؛ إن صَدَّقه المشتري: فالحكمُ كالأول، وإلا: فلا يَثبُت.

وإن لأكثرَ من سنتَين: لا تصحُّ دِعوتُه. فإن صَدَّقَه المشتري: ثَبَتَ نسبُه، وحُمِلَ على النكاح، ولا يُرَدُّ البيع، ولا يَعتِق ولدُه.

وإن باعَ عبدًا وُلِدَ عنده، ثم ادَّعاه بعد بيعِ مُشتَرِيه: صحَّتْ دِعوتُه، ورُدَّ بيعُ مُشترِيه. وكذا لو كاتَبَه المشتري أو كاتَبَ أُمَّه أو رَهَنَ أو آجَرَ أو زَوَّجَها، ثم كانت الدِّعوةُ: صحَّتْ،

حاجته إلى النسب بعد الموت، وكذا بعد عتقه؛ لِما ذكرنا: أن الولد هو الأصل.

(**ولو وَلَدتِ**) الجارية المبيعة (**لأكثرَ من نصفِ سنةٍ وأقلَّ من سنتَين**) منذ بِيعَت؛ (**إن صَدَّقَه المشتري**) الدعوة: (**فالحكمُ كالأول**)، يعني: يثبت نسبه وأمِّيَّتُها، ويُفسَخ البيع، ويرد الثمن عندنا.

خلافا **لزفر والشافعي**[1] على ما مرَّ.

(**وإلا**) أي: وإن لم يصدقه المشتري: (**فلا يَثبُت**) النسب؛ لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه، فلم توجد الحجة، فلا بد من تصديقه، فإذا صدَّقه: فقد رضي بإسقاط حقه، فيثبت النسب.

(**وإن**) وَلَدتْ (**لأكثرَ من سنتَين**) منذ بِيعَت: (**لا تصحُّ دِعوتُه**)؛ لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه، وهو الأصل. (**فإن صَدَّقَه المشتري**) البائع: (**ثَبَتَ نسبُه**) أي: نسب الولد، (**وحُمِلَ على النكاح، ولا يُرَدُّ البيع، ولا يَعتِق ولدُه**)، ولا تصير الأمة أمَّ ولدٍ[١١٥/أ]؛ لحدوث العلوق بعد البيع، ولا يستند على ما قبله حتى لزم بطلان بيعه، والأمةُ أم ولد لبائعه بملك نكاحٍ بأن ملَكها، ثم باعها، فاستَوْلَدها بالنكاح؛ حَملا لأمره على الصلاح.

(**وإن باعَ عبدًا وُلِدَ عنده**) أي: عند البائع، وكان العلوق أيضا عنده، (**ثم ادَّعاه بعد بيعِ مُشتَرِيه**) من آخر: (**صحَّتْ دِعوتُه**)، ويكون هو ابنه، (**ورُدَّ بيعُ مُشترِيه**)؛ لأن اتصال العلوق بملكه كالبينة، والبيعُ يحتمل النقض، وما له من حق الدعوة لا يحتمله، فينتقض البيع لأجله.

(**وكذا**) الحكم (**لو كاتَبَه**) أي: الولدَ (**المشتري أو كاتَبَ**) المشتَرَى (**أُمَّه، أو رَهَنَ**) الولدَ أو أمَّه، (**أو آجَرَ**) الولدَ أو أمَّه، (**أو زَوَّجَها**) أي: الأم، (**ثم كانت الدِّعوةُ: صحَّتْ**) أي: دِعوتُه،

---

(١) «البيان» للعمراني (٥/٤٦).

ونُقِضتْ هذه التصرُّفات.

ولو باعَ أحدَ تَوْأَمَيْن ولدًا عنده، فأَعتَقَه مشتريه، ثم ادَّعى البائعُ الآخَرُ: ثَبَتَ نسبُهما، وبَطَلَ عِتقُ المشتري.

ومَن في يده صبيٌّ لو قال: «هو ابنُ زيدٍ»، ثم قال: «هو ابنِي»: لا يكون ابنَه وإن جَحَدَ زيدٌ بُنُوَّتَه. وعندهما: يصحُّ إن جَحَدَ. ....

(**ونُقِضتْ هذه التصرُّفات**)؛ لأن هذه العوارض يحتمل النقض، فينتقض ذلك كله، وتصح الدعوة، بخلاف الإعتاق والتدبير؛ لأنهما لا يحتملان النقض على ما مرَّ.

(**ولو باعَ أحدَ تَوْأَمَيْن**[1] **ولدًا عنده، فأَعتَقَه مشتريه، ثم ادَّعى البائعُ**) التوأم (**الآخَرُ: ثَبَتَ نسبُهما**) منه؛ لأنهما خُلِقا من ماء واحد، (**وبَطَلَ عِتقُ المشتري**)؛ إذ ثبوت نسب أحدهما يستلزم نسب الآخر.

هذا إذا كان أصل العلوق في ملك البائع، وإن لم يكن في ملكه: يثبت نسبهما منه عند تصديق المشتري، ولا يبطل عتق المشتري، ولا ينتقض بيع البائع؛ لأن هذه دعوة تحرير، فيقتصر على محل ولايته.

(**ومَن في يده صبيٌّ**) لا يُعبِّر عن نفسه (**لو قال: «هو ابنُ زيدٍ»**)، أو: «هو ابن عبد فلان الغائب»، (**ثم قال: «هو ابنِي»: لا يكون ابنَه**) أي: ابن ذي اليد (**وإن**) -وصلية- (**جَحَدَ زيدٌ بُنُوَّتَه**) عند الإمام؛ لأن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، والإقرارُ بمثله لا يرتد بالرد، فبقي، فتمتنع دعوته، وإذا صدَّقه زيدٌ أو لم يدر تصديقَه ولا تكذيبَه: لم تصح دعوة المقر عندهم.

(**وعندهما: يصحُّ إن جَحَدَ**) زيدٌ بُنُوَّته وهو ابن ذي اليد؛ لأن الإقرار ارتدَّ بالرد، فصار كأن لم يكن، والإقرارُ بالنسب يرتدُّ بالرد وإن كان لا يحتمل النقض.

وفي «الدرر» نقلا عن «العمادية»: ولو قال لصبي: «هذا الولد مني»، ثم قال: «ليس مني»، ثم قال: «هو مني»: يصح؛ إذ بالإقرار بـ«أنه ابني» تعلَّق حق المقِرِّ والمقَرّ له، أما حق

(١) «التَّوْأَمان»: ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر، فيكونان من ماء واحد؛ إذ لا يتصور علوق الثاني حادثا؛ إذ لا حبل أقل من ستة أشهر، والعلوق على العلوق متعذر؛ لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم كما مر في باب الحيض. (داماد، منه).

ولو كان في يدِ مسلمٍ وذميٍّ، فادَّعى المسلمُ رِقَّه، والكافرُ بُنوَّتَه: فهو حرٌّ ابنُ الكافر. ولو كان في يدِ زوجَيْن، فزَعَمَ أنه ابنُه من غيرها، فزَعَمت أنه ابنُها من غيره: فهو ابنُهما.

المقر له: فإنه يثبت نسبه من رجل معيَّن حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا، فإذا قال: «ليس هذا الولد مني»: لا يملك إبطال حق الولد، فإذا عاد إلى التصديق: يصح، ولو قال: «هذا الولد مني»، ثم قال: «ليس مني»: لا يصح النفي؛ لأن النسب ثبت، وإذا ثبت: لا ينتفي بالنفي.

وهذا إذا صدَّقه الابن، أما بغير التصديق: فلا يثبت النسب؛ لأنه إقرار على الغير بـ«أنه جزئي»، لكن إذا لم يصدقه الابن، ثم عاد إلى التصديق: يثبت النسب؛ لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن، فيثبت النسب، ولو أنكر الأب الإقرارَ[١١٥/ب]، فأقام الابن البينة أنه أقرَّ: «إني ابنه»: تقبل، والإقرار بـ«أنه ابني» مقبول؛ لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه، أما الإقرار بأنه أخوه: لا تقبل؛ لأنه إقرار على الغير[١].

(ولو كان) الصبي (في يدِ مسلمٍ وذميٍّ، فادَّعى المسلمُ رِقَّه، و) ادَّعى (الكافرُ بُنوَّتَه: فهو حرٌّ ابنُ الكافر[٢])؛ لأن الإسلام مرجِّح أينما كان، والترجيحُ يستدعي التعارض، ولا تعارض هھنا؛ لأن النظر للصبي واجب، ونظرُه فيما ذكرنا أوفرُ؛ لأنه يَنال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا؛ إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكمُ بالإسلام تبعا وحرمانُه عن الحرية؛ إذ ليس في وسعه اكتسابها، وتمامه في «العناية»[٣]، فليطالع.

قيل: مسلم أيضا حالا بحكم الإسلام، لا عبد لمسلم.

هذا إذا ادَّعيَا معا، وإن سبق دعوى المسلم: كان عبدا له، وإن ادَّعيَا البُنوَّة: كان ابنا لمسلم؛ لحصول الإسلام حالا.

(ولو كان) الصبي (في يدِ زوجَيْن، فزَعَمَ) الزوج: (أنه ابنُه من غيرها، فزَعَمت[٤]) الزوجة: (أنه ابنُها من غيره: فهو) أي: الولد (ابنُهما)؛ لأن كلاًّ منهما أقرَّ للولد بالنسب وهو في أيديهما، ثم يريد كلٌّ منهما إبطال حق صاحبه، فلا يصدق عليه.

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٥٢).

(٢) والمراد من «الكافر» هنا: الذمي بحكم دار الإسلام، فذكره لكونه في مقابلة المسلم، ومن ذكر «الذمي»: فقد أوضح. (داماد، منه).

(٣) «العناية» للبابرتي (٨/٣٠٩).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وزعمت».

ولو استَوْلَد مُشتَراتَه، ثم استُحِقَّت: فالولدُ حرٌّ، وعلى الأبِ قِيمتُه يوم الخصومة. فإن ماتَ الولدُ: فلا شيءَ على أبيه، وتَرِكتُه له. وإن قَتَلَه الأب: غَرِمَ قِيمتَه. وكذا إن قتله غيره: فأَخَذَ ديتَه، ويَرجِع بقيمته وبالثمن على بائعه، لا بالعُقْر.

والمراد من «الصبي»: الصبي الغير المُعبِّر، وإلا: فهو لمن صدَّقه.

(**ولو استَوْلَد مُشتَراتَه**)، يعني: لو اشترى أمةً، فولدت منه، وادعاه، (**ثم استُحِقَّت**) الأمة بدعوى مستحق: (**فالولدُ حرٌّ**).

وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أيِّ سبب كان كالإرث والهبة والوصية، وكذا إذا تزوَّجها على أنها حرة، فولدت له: فاستحقت كما في أكثر المعتبرات[1].

فعلى هذا لو قال: «ولو ملك أمة بأي سبب كان»: لكان أشمل.

(**وعلى الأبِ قِيمتُه**) أي: قيمة الولد بإجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين؛ ولأن النظر من الجانبين واجب، فيجعل الولد حرَّ الأصلِ في حق أبيه ورقيقًا في حق مدَّعيه نظرا لهما (**يوم الخصومة**)؛ لأنه يوم المنع كولد المغصوبة.

(**فإن ماتَ الولدُ**) قبل الخصومة؛ إذ بعد الخصومة يغرم؛ لتحقق المنع فيه: (**فلا شيءَ على أبيه**)؛ لانعدام المنع، (**وتَرِكتُه له**) أي: تكون تركة الولد ميراثا لأبيه؛ سواء كان قبل الخصومة أو بعدها؛ لكونه حرَّ الأصلِ؛ إذ الولد في حياته أحق بماله، فيكون الأب أحقَّ بعد وفاته؛ لأنه خلفه.

(**وإن قَتَلَه الأب: غَرِمَ قِيمتَه**)؛ لتحقُّق المنع من الأب بقتله.

(**وكذا إن قتله غيره**) أي: غير الأب: (**فأَخَذَ ديتَه**) أي: أخذ الأب مقدار قيمة الولد؛ لأن سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه، فيُغرَّم قيمته كما إذ كان حيًّا، (**ويَرجِع**) المشتري (**بقيمته**) أي: قيمة الولد التي ضَمِنها، (**وبالثمن**) أي: ثمن الجارية (**على بائعه**)؛ لأن البائع ضَمِن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع؛ إذ الغرور يشمل سلامة جميع أجزاء المبيع، (**لا**) يرجع (**بالعُقْر**) الذي أخذ منه المستحق؛ لأنه بدل استيفاء منفعة البضع، وهي ليست من أجزاء المبيع، فلم يكن البائع ضامنا لسلامته.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٣٢/٤)، و«العناية» للبابرتي (٢٩٨/٨)، و«تكميلة فتح القدير» للأدرنوي (٣١٤/٨).

وعند **الأئمة الثلاثة**: يرجع بالعقر أيضا[(١)].

ولو باعها المشتري من آخر، فاستولدها الثاني، ثم استحقت: رجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد، والمشتري الأول على البائع الأول بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند **الإمام**، **وقالا**: يرجع عليه بقيمة الولد أيضا.

وفي «الدرر»:

* ادَّعى العُصوبة، وبيَّن النسب، وبَرهَن الخصم أن النسب بخلافه؛ إن قُضِي بالأول: لم يقض به، وإلا: تساقطَا؛ للتعارضِ وعدمِ الأَوْلوِيّة.

* بَرهَن أنه ابن عمه لأبيه وأمه[١١٦/أ]، وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأمه فقط، أو على إقرار الميت به -أي: بأنه ابن عمه لأمه فقط-: كان دفعا قبل القضاء بالأول لا بعده؛ لتأكُّده بالقضاء، بخلاف الأول.

* ادعى ميراثا بالعصوبة: فدفعُه أن يدعي خصمُه قبل الحكم إقرارَه -مفعول «يدعي»- بأنه من ذوي الأرحام؛ إذ يكون حينئذ بين كلاميه تناقضٌ[(٢)]، انتهى.

** ** **

(١) «البيان» للعمراني (١٢/٣٣٣)، و«المدونة» للإمام مالك (٤/٢٠٩).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٥٥).

كتاب الإقرار: هو: «إخبارٌ بحقٍّ لآخَر على نفسه».

(كتاب الإقرار)

مناسبته بـ«الدعوى»؛ لأن حال المدَّعى عليه دائرٌ بين الإقرار والإنكار، وإلى الإقرار أقربُ؛ لأن الغالب في حال المسلم الصدقُ.

(هو):

* لغة: الإثبات، مِن: «قرَّ الشيء، قرارا» إذا قام وثبت، ومنه: «ثابت القَدَم» لمن قرَّ، ويقال: «أقرَّه إقرارا» إذا أقامه، هذا في الحسي، وأما في القول: يقال: «أقرَّ به» إذا أظهر بالقول.

* وشرعا: («إخبارٌ) أي: إعلامٌ بالقول، فلو كتب أو أشار ولم يقل شيئا: لم يكن إقرارا.

ويدخل فيه ما إذا كتب إلى الغائب: «أما بعد فله عليَّ كذا»: فإنه كالقول شرعا كما في «القهستاني»[1].

(بحقٍّ) أي: بما يثبت، ويسقط من عينٍ وغيره، لكنه لا يستعمل إلا في حق المالية، فيخرج عنه ما دخل من حق التغرير ونحوه.

(لآخَر[2] على نفسه») أي: لغير المخبر على المخبر، أما لنفسه على آخر: فهو دعوى، ولآخر على آخر: فهو شهادة.

وفيما قاله أبو المكارم من: «أن التعريف منقوض بإقرار الوكيل في حق الموكل» كلامٌ؛ لنيابته منابه شرعا.

والدليل على حجيته: الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، ونوعٌ من المعقول[3].

وشرطه: الحرية، والعقل، والبلوغ.

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٣٥٥/٢).

(٢) قوله: «بحق لآخر» كالجنس يتناول الدعوى والشهادة، وقوله: «على نفسه» كالفصل يخرجهما. (داماد، منه).

(٣) **أما الكتاب**: فقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فقد أمر من عليه الحق بإملال ما عليه، والإملال ليس إلا الإقرار، **وأما السنة**: فهي حديث ماعز كما سبق، **وأما الإجماع**: فهو أن المسلمين أجمعوا على جواز الإقرار، **وأما المعقول**: فهو أن الخروج عما وجب على الإنسان واجب عليه، وربما لا يمكن الخروج عنه إلا بالإقرار، فثبت أنه حجة. (داماد، منه).

ولا يصحُّ إلا لمعلومٍ.

وحكمُه: ظهورُ المُقَرِّ به، لا إنشاؤه. فصحَّ الإقرار بالخمر للمسلم، ....

وركنه: أن يقول المُقِرّ: «لفلانٍ عليَّ كذا».

(ولا يصحُّ) الإقرار (إلا لمعلومٍ) أي: لشخص معلوم؛ لأن المجهول لا يصلح مستحقا.

وفي «المنح»: وأما جهالة المقَرِّ له: فمانعة من صحته إن تفاحشت كـ«لِواحدٍ من الناس عليَّ كذا»، وإلا كـ«لأحد هذين عليَّ كذا»: لا، ولا يجبر على البيان، ولكل منهما أن يُحلِّفه[1].

وفي «الدرر»: وإن لم يتفاحش بأن أقرَّ بـ«أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا»: فإنه لا يصح عند شمس الأئمة السرخسي؛ لأنه إقرار للمجهول، وأنه لا يفيد، وقيل: يصح، وهو الأصح[2]، وتمامه فيه، فليطالع.

(وحكمُه) أي: الإقرارِ: (ظهورُ المُقَرِّ به) أي: المخبَر به للمُقَرِّ له عليه، (لا إنشاؤه) أي: لا إثبات المقَر به له بهذا اللفظ، ولذا قالوا: إن المقَر له إذا علم أن المقِر كاذبٌ في إقراره، ثم أخَذه منه: لم يحل له ديانةً إلا أنه أخذه عن طيب نفسه؛ فإنه تمليك مبتدأ، وإنما لم يكتف بالإثبات عن النفي وجمَعهما؛ مبالغة في رد ما قال بعض المشايخ: «إن الإقرار إنشاء».

وإنما أطلق؛ إشارة إلى أن تصديق المقر له لم يشترط وإن ارتدَّ برده، ولو صدَّقه، ثم ردَّه: لم يصح الرد، ولو ردَّه، ثم أعاد إقراره: صح الإقرار كما في «القهستاني»[3].

وقد فرَّع على كون حكم الإقرار ظهورَ المقر به لا إنشاءه بقوله:

(فصحَّ الإقرار بالخمر للمسلم)، ولو كان الإقرار إنشاء: لما صحَّ؛ لأن المسلم لا يصلح له تمليك الخمر.

وفي «المحيط»: لو أقرَّ بخمر للمسلم: يصح، ويؤمر بتسليمها إذا طلب استردادها، ولو أقرَّ بخمر مستهلَك لمسلم: لا يصح؛ لأنه لا يجب للمسلم بدل الخمر[4].

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٦٥/أ).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٥٩)، و«المبسوط» للسرخسي (١٨/٧٧).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٥١).

(٤) لم نجده في «المحيط البرهاني» لابن مازة، ولعله في «المحيط الرضوي»، والله أعلم.

لا بطلاقٍ وعتاقٍ مُكرَهًا.

وإذا أقرَّ حرٌّ مكلَّف بحقٍّ معلومٍ أو مجهولٍ كـ«شيء» و«حقٍّ»: صحَّ، ولَزِمَه بيانُ المجهولِ بماله قيمةً...............................

(لا) يصحُّ الإقرار (بطلاقٍ وعتاقٍ مُكرَهًا)؛ لقيام دليل الكذب وهو الإكراه، ولو كان إنشاء: لصح؛ لأن طلاق المكره وإعتاقه واقعان عندنا[١١٦/ب].

(وإذا أقرَّ حرٌّ).

وإنما شرَط الحرية ليصح إقراره مطلقا؛ لأن العبد المحجور عليه يتأخَّر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق، وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر لوطء امرأةٍ تزوَّجها بغير إذن مولاه والجناية الموجبة للمال؛ لأن الإذن لا يتناول إلا التجارة، فلم يكن مسلَّطا عليه، بخلاف ما إذا أقر بالحدود والقصاص.

(مكلَّف)؛ لأن إقرار المجنون والمعتوهِ والصبي العاقل لا يصح؛ لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبي والمعتوه مأذونا له في التجارة: فيصح إقراره كما هو من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة؛ لدخول ما كان من باب التجارة تحت الإذن دون غيره.

والنائمُ والمغمى عليه كالمجنون؛ لعدم التمييز.

وإقرار السكران جائز مطلقا إذا كان سكره بطريق محظور إلا إذا أقرَّ فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وإن سَكِر بطريق مباح كالشرب مكرها، وكذا شرب المتَّخَذ من الحبوب والعسل عندهما، خلافا لمحمد.

(بحقٍّ معلومٍ أو مجهولٍ كـ«شيء» و«حقٍّ») أي: قال: «لفلان علي شيءٌ»، أو «... حقٌّ»: (صحَّ) إقراره؛ لأن جهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار؛ لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن أَتلَف مالا لا يدري أو جرَح جراحة لا يدري أَرْشها، (ولَزِمَه) فيما أقرَّ بمجهول (بيانُ المجهولِ)، حتى: لو امتنع: أجبَره القاضي على بيانه (بماله قيمةً)؛ لأنه أخبر عن الواجب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب كحبةٍ من الحنطة، فلا يقبل قوله، بل يحمل على الرجوع، فيجبر على البيان.

وفي «المحيط»[١]: ولو قال: «لفلان عليَّ حق، ثم عنَيتُ به حق الإسلام أو الجار»: لا

---

(١) لم نجده في «المحيط البرهاني» لابن مازة، ولعله في «المحيط الرضوي»، والله أعلم.

والقولُ قولُه مع يمينه إن ادَّعى المقَرُّ له أكثرَ.

وفي «مال»: لا يُصدَّق في أقلَّ من درهمٍ. و«مال عظيم»: نصابٌ مما بُيِّن به؛ فضَّةً أو غيرَها. ومن «الإبل»: خمسٌ وعشرون. ....

يصدق إلا إذا قال ذلك موصولا؛ لأنه بيان باعتبار العرف، **خلافا للأئمة الثلاثة**[1].

(**والقولُ قولُه**) أي: قول المقر (**مع يمينه إن ادَّعى المقَرُّ له أكثرَ**) مما بيَّنه المقر بلا برهان؛ لإنكاره الزيادة، والقول للمنكر، وفي «المنح» تفصيل[2]، فليراجع.

وفي «القهستاني»: لو أنكر الإقرار بمجهول، وأريد إقامة البينة عليه: لم يُقبَل؛ لأن جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة، وتمامه في «الجواهر» و«التحفة»[3].

(**وفي**) قوله: «له عليَّ (**مال**)»: **لا يُصدَّق في أقلَّ من درهمٍ**؛ لأن ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم «المال» عادة، وهو المعتبر.

خلافا للأئمة الثلاثة[4].

(**و**) لزم في: «عليَّ (**مال عظيم**)»: **نصابٌ مما بُيِّن به؛ فضَّةً أو غيرَها**؛ لأن النصاب عظيم يَجعَل صاحبه غنيًا، هذا **قولهما** ورواية عن **الإمام**.

وعنه: أنه يُصدَّق في عشرة دراهم؛ لأنها مال عظيم حتى تُقطَع بها اليد، ويُستباح البضع.

قيل: الأصح على قول **الإمام** أن ينظر إلى حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليلَ عند الفقير عظيم، والكثيرَ عند الغني ليس بعظيم، وهو في الشرع متعارض؛ فإن المائتين في الزكاة عظيم، وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة، فيرجع إلى حال المقر.

(**ومن «الإبل»: خمسٌ وعشرون**) أي: لزم في قوله: «علي مال عظيم من الإبل» خمس وعشرون إبلا؛ لأنه أول نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه، فهو عظيم من وجه دون وجه، والمطلق ينصرف إلى الكامل.

---

(١) «كفاية النبيه» لابن الرفعة (١٩/٣٧٤)، و«النوادر والزيادات» للقيرواني (٩/١٢٣).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٧٦٥/أ).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٥١)، و«تحفة الفقهاء» للسمرقندي (٣/٣٢٥-٣٢٧).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/٣٣٤)، و«الذخيرة» للقرافي (٩/٢٩٣).

ومن «البر»: خمسةُ أوْسُقٍ. ومن غير مال الزكاة: قيمةُ النصابِ. و«أموال عِظام»: ثلاثةُ نُصُبٍ. و«دراهم»: ثلاثةٌ، و«دراهم كثيرة»: عشرةٌ، وعندهما: نصابٌ. و«كذا درهما»: درهمٌ،..

وفي «المنح»: وإن قال: «غصبت إبلا كثيرة» أو «... بقرا كثيرة» أو «... غنما كثيرة»: ينصرف إلى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما، وهو: خمسة وعشرون من الإبل، والثلاثون من البقر، والأربعون من الغنم، وعنده: يرجع إلى بيان المقر[1].

(ومن «البر»: خمسةُ أوْسُقٍ)؛ لأنه المقدر بالنصاب **عندهما**، وعند **الإمام**: يرجع إلى بيان المقر.

وقول المصنف مما بيَّن إلى هنا لا يخلو عن التشوُّش يظهر لك عند التأمُّل[١١٧/أ].

(ومن غير مال الزكاة): لَزِمه (قيمةُ النصابِ)، فلا يُصدَّق في أقل من مقدار النصاب قيمة في غير مال الزكاة كالحمار والبغل؛ لأن قدر قيمته عظيم أيضا.

وعن **الإمام**: أنه مقدر بعشرة دراهم كما في «الاختيار»[2].

(و) لزم في: «له عليَّ (أموال عِظام»: ثلاثةُ نُصُبٍ) من أيِّ مال فسَّره به؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، فلا يصدق في أقل منه؛ للتيقُّن به، (و) في («دراهم»: ثلاثةٌ) **بالإجماع**؛ اعتبارا لأدنى الجمع، (و) في («دراهم كثيرة»: عشرةٌ) عند **الإمام**؛ لأنها أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع.

(وعندهما: نصابٌ)، وهو: مائتا درهم؛ لأن صاحب النصاب مُكثِر حتى وجب عليه مواساة غيره، بخلاف ما دونه.

وعلى هذا الخلاف؛ إذا قال: «عليَّ دنانير كثيرة»: **عندهما**: ينصرف إلى النصاب، **وعنه**: إلى العشرة، وكذا إذا قال: «علي ثياب كثيرة»: **فعنده**: عشرة، **وعندهما**: يلزمه ما يساوي مائتي درهم.

ولو قال: «علي مال نفيس»، أو «... كريم»، أو «... خطير»، أو «... جليل»: قال الناطفي: لم أجده منصوصا عليه، وكان الجرجاني يقول: يلزمه مائتان.

(و) لو قال: «له عليَّ (كذا درهما»): لزم (درهمٌ)؛ لأن «كذا» مبهمٌ، و«درهما» تفسير له.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٦٦/أ).

(٢) «الاختيار» للموصلي (٢/١٢٩).

و«كذا كذا»: أحدَ عشرَ، وإن ثَلَّثَ: فكذلك. و«كذا وكذا»: أحدٌ وعشرون، وإن ثَلَّثَ: زِيدَ مائةٌ، وإن ربَّع: زِيدَ ألفٌ. ....

وفي «التتمة» و«الذخيرة»: يلزمه درهمان[1]؛ لأن «كذا» كناية عن العدد، وأقلُّ العدد اثنان؛ لأن الواحد ليس بعدد.

وفي «شرح المختار»: قيل: يلزمه عشرون، وهو القياس؛ لأن «كذا» يذكر للعدد عرفا، وأقلُّ عدد غيرِ مركب يُذكَر بعده «الدرهم» بالنصب عشرون، ولو ذكره بالخفض: روي عن محمد: يلزمه مائة[2].

ولو قال: «له عليَّ درهم عظيم»: يلزمه درهم واحد، ولو قال: «عليَّ دُرَيْهَم»: يلزمه درهم تامٌّ؛ لأن التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال، فلا ينقص عن الوزن، والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان.

(و) لو قال بلا واو: «له عليَّ (كذا كذا) درهما»: لزم (أحدَ عشرَ) درهما؛ لأن «كذا» كناية عن العددين بالإضافة، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر، فيحمل على الأقل؛ لتيقُّنه.

وعند الشافعي: يلزمه درهم[3].

(وإن ثَلَّثَ) أي: قال بلا واو: «له عليَّ كذا كذا كذا درهما»: (فكذلك) أي: يلزمه أحد عشر أيضا، لأنه لا نظير له في ألفاظ العدد، فحُمِل الأخير على التكرار أو التأكيد.

(و) لو قال: «له عليَّ (كذا وكذا)» بحرف العطف: لزم (أحدٌ وعشرون) درهما؛ لأنه فصَل بينهما بحرف العطف، وأقل ذلك من العدد المفسر: أحدٌ وعشرون، وأكثره: تسعة وتسعون، فالأول يلزمه من غير بيان، والزيادة تقف على بيانه.

وعند الشافعي: يلزمه درهمان[4].

(وإن ثَلَّثَ) لفظ «كذا» بالواو: (زِيدَ مائةٌ) أي: يلزمه مائة وأحد وعشرون؛ لأنه أقل ما يُعبَّر عنه بثلاثة أعداد مع الواو، (وإن ربَّع) لفظ «كذا» مع تثليث الواو: (زِيدَ ألفٌ) على مائة

---

(١) «فتاوى الذخيرة» لابن مازة (٤٤٧/١٣).

(٢) «الاختيار» للموصلي (١٢٩/٢-١٣٠).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣٣٤/٣).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣٣٤/٣).

وكذا كلُّ مَكيلٍ ومَوزونٍ. وبـ«شرك في عبد»: فهو نصفٌ عند أبي يوسف، وعند محمد: يُؤمَر بالبيان.

وقوله: «عليّ» أو «قِبَلِي» إقرارٌ بدَين، فإن وَصَلَ به: «هو وديعة»: صُدِّقَ، ....

وأحد وعشرين؛ لأنه أقل ما يُعبَّر عنه بأربع أعداد مع الواو، فيحمل على الأقل المتيقَّن دون الأكثر؛ إذ الأصل في الذِّمَم البراءة.

ولو خمَّس: يُزاد عشرة آلاف، ولو سدَّس: يُزاد مائة ألف، ولو سبَّع: يُزاد ألف ألف، وكلما زاد عددا معطوفا بالواو: زِيدَ عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى كما في «البحر»[1][١١٧/ب].

(**وكذا كلُّ مَكيلٍ ومَوزونٍ**) في جميع ما ذكر من الصوَر.

(**وبـ«شرك في عبد»**) يعني: إذا قال: «له شركٌ في هذا العبد»: (**فهو نصفٌ عند أبي يوسف**)؛ لأن الشرك بمعنى «الشركة»، وهي تنبئ عن التسوية.

(**وعند محمد: يُؤمَر بالبيان**)؛ لأن الشرك يجيء بمعنى «النصيب»، وهو مجمل، فعليه بيانه بما شاء.

وفي «التسهيل»: والفتوى على قول أبي يوسف[2].

(**وقوله: «عليّ» أو «قِبَلِي» إقرارٌ بدَين**) أي: لو قال: «له عليَّ»، أو قال: «له قِبَلي»: فهو إقرار بدين؛ لأن «عليَّ» للوجوب، ولفظ «قِبَلي» يستعمل في الضمان كما مر في الكفالة.

وفي «القدوري»: أنه أمانة[3]، والأول أصح كما في «الهداية» وغيرها[4].

(**فإن وَصَلَ به**) أي: قال المقر بلا تراخٍ: (**«هو وديعة»: صُدِّقَ**)؛ لأن اللفظ يحتمله مجازا، حيث يكون المضمون حفظه والمال محله، فيكون من قبيل ذكر المحلِّ وإرادة الحالِّ مجازا، فيُصدَّق موصولا كما في «الهداية» وغيرها[5].

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٥١/٧).

(٢) لم نجده في «التسهيل» للشيخ بدر الدين (ص: ٧٨٣-٧٨٤).

(٣) وتفصيله: أن قوله: «قِبَلي» إقرار بالإمانة؛ لأن اللفظ ينتظم الدين والأمانة، حتى قيل: «لا حقَّ لي قبل فلان» يصير إبراء عن الدين والأمانة جميعا، فيثبت أقلهما هو الأمانة، والأول أصح. (داماد، منه).

(٤) «الهداية» للمرغيناني (١٧٩/٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٧/٥)، و«مختصر القدوري» (١٤٧/٦).

(٥) «الهداية» للمرغيناني (١٧٩/٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٧/٥).

وإن فَصَلَ: لا. و«عندي» أو «معي» أو «في بيتي» أو «في صندوقي» أو «كيسي» إقرارٌ بأمانةٍ.

ولو قال لمن ادَّعى عليه ألفًا: «اتَّزِنها» أو «انتَقِدْها» أو «أَجِّلْني بها» أو «قد قضَيْتُكَها» أو «أَبرَأْتَني منها» أو «وهَبْتَها لي» أو «تصدَّقْتَ بها عليَّ» أو «أحَلْتُك بها»: فقد أقرَّ، وبلا ضميرٍ: لا. ....

وفي «المنح»: ولكنه خلاف الظاهر، فلا ينصرف إليه عند الإطلاق، ويجوز تفسيره به متصلا؛ لأنه يحتمله مجازا[1].

(**وإن فَصَلَ: لا**) يُصدَّق كالاستثناء والتخصيص.

(**و**) لو قال: (**«عندي» أو**) قال: (**«معي» أو**) قال: (**«في بيتي» أو «في**[2] **صندوقي» أو «كيسي»**): فهو (**إقرارٌ بأمانةٍ**)؛ لأن هذه المواضع محلٌّ للعين لا للدين؛ إذ الدين محله الذمة، والعينُ تحتمل أن تكون مضمونة، والأمانةُ أدناهما، فيحمل عليها.

وهذا؛ لأن كلمة «عند» للظرف، و«مع» للقِران، وما عداهما لمكانٍ معيَّن، فيكون من خصائص العين، ولا يحتمل الدينَ؛ لاستحالة كونه في هذه الأماكن كما في «المنح»[3].

(**ولو قال لمن ادَّعى [عليه]**[4] **ألفًا: «اتَّزِنْها»**) -أمرٌ معناه: «خُذْ بالوزن الواجب لك عليَّ»، وإنما أُنِّث الضمير مع أن الألْف من العدد؛ اعتبارا للدراهم-، (**أو «انتَقِدْها» أو «أَجِّلْني بها» أو «قد قضَيْتُكَها» أو «أَبرَأْتَني منها» أو «وهَبْتَها لي» أو «تصدَّقْتَ بها عليَّ» أو «أحَلْتُك بها»: فقد أقَرَّ**) الألْفَ؛ لأن الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك، فصار كأنه أعاد المدَّعى، فيكون إقرارا بها إلا إذا تصادَقَا أنه على سبيل الاستهزاء أو شهد الشهود بذلك، أما إذا ادعى أنه قال مستهزئا: لم تقبل منه، (**وبلا ضميرٍ: لا**) أي: لا يكون إقرارا بها كما إذا قال: «اتَّزِنْ» أو «انتَقِدْ»؛ لأنه لا دليل حينئذ على انصرافه إلى المذكور، فيكون كلاما مبتدأ، فلا يلزمه شيء.

والأصل فيه: أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلامَ، فكلُّ ما يصلح جوابا ولا

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٦٦/ب).

(٢) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «في».

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٦٧/أ).

(٤) ليست في الأصل، م، والزيادة من ر، ح، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

ولو أقرَّ بدينٍ مؤجَّلٍ، وقال المقَرُّ له: «هو حالٌّ»: لَزِمَه حالاً، ....

يصلح ابتداءً: يُجعَل جوابا، وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما: فإنه يُجعَل ابتداء، فإن ذكَر هاء الكناية: يصلح جوابا لا ابتداء، وإذا لم يذكر الهاء: لا يصلح جوابا، أو يصلح جوابا وابتداء، فلا يكون إقرارا بالشك.

وفي «المحيط»[1]:

* ولو قال: «لي عليك ألف»، فقال: «نعم»: يكون إقرارا، ولو أومأ برأسه[2]: لا؛ لأن الإشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الأخرس.

* ولو قال رجل لآخر: «أعْطِني ثوب عبدي هذا»، فقال: «نعم»: كان إقرارا منه بالعبد والثوب له.

* ولو قال: «أعْطِني سَرْج دابتي هذه» أو «... لِجامها»، أو «افتَحْ باب داري» أو «... جَصِّصْها»، فقال: نعم: كان ذلك إقرارا؛ لأن كلمة «نعم» لا تستقل، فلا بد من حملها على الجواب؛ كي لا يصير لغوا.

وفي «المنح»:

* رجل قال لغيره: «أقرضتُك مائة درهم»، فقال: «لا أعود بها»، أو قال: «لا أعود بعد ذلك»: فهو إقرار.

* ولو قال: «ما استقرضت من أحد سواك»، أو قال: «... من أحد غيرك»، أو قال: «ما استقرضت من أحد قبلك»، أو قال: «ما استقرضت من أحد بعدك»: لم يكن إقرارا.

* قال: «أليس لي عليك ألف درهم»، فقال المخاطب في جوابه: «بلى»: فهو إقرار له بالألف، وإن قال: «نعم»: لا يكون إقرارا[3]، وتمامه فيه، فليراجع[١١٨/أ].

(**ولو أقرَّ بدينٍ مؤجَّلٍ، وقال المقَرُّ له: «هو حالٌّ»: لَزِمَه**) أي: المقر حال كون الدين (**حالاً**)؛ لأنه أقرَّ بحق على نفسه، وادعى لنفسه حقا فيه، فيُصدَّق في الإقرار بلا حجة دون

---

(١) لم نجده في «المحيط البرهاني» لابن مازة، ولعله في «المحيط الرضوي»، والله أعلم.

(٢) وفي «التنوير» (ص: ١٦٩): والإيماء بالرأس من القادر على الكلام ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة، بخلاف الإسلام والإفتاء والنسب والكفر. (داماد، منه).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٦٨/أ).

وحُلِّفَ المقَرُّ له على الأجَل.

ولو قال: «عليَّ مائةٌ ودرهمٌ»: فالكلُّ دراهمُ. وكذا كلُّ ما يُكالُ أو يُوزَن. ولو قال: «مائةٌ وثوبٌ» أو «مائةٌ وثوبانِ»: لَزِمَه تفسيرُ «المائةِ»، وإن قال: «مائةٌ وثلاثةُ أثوابٍ»: فالكلُّ ثيابٌ.

الدعوى؛ كما لو أقرَّ بعبد في يده: «أنه لفلان استأجره منه»، فصدَّقه المقر له في الملك لا الإجارة، (**وحُلِّفَ المقَرُّ له على الأجَل**)؛ لكونه منكرا.

وعند **الشافعي** في قول و**أحمد**: لزمه مؤجلا مع يمينه[1].

وفي «التنوير»: بخلاف ما لو أقرَّ بالدراهم السُّود، فكذَّبه في صفتها: حيث يلزمه -أي: المقر- ما أقر به فقط كإقرار الكفيل بدين مؤجل[2].

(**ولو قال**): «له (**عليَّ مائةٌ ودرهمٌ**»: **فالكلُّ دراهمُ**)، فيلزمه مائة درهم ودرهم استحسانا عندنا؛ لوقوع درهم تفسيرا للمائة المبهمة.

والقياس: أن يرجع في تفسير المائة إليه[3]، وهو قول **الشافعي**[4].

(**وكذا كلُّ ما يُكالُ أو يُوزَن**)، يعني: لو قال له: «عليَّ مائةٌ وقفيزُ حنطةٍ»: يلزمه مائةُ قفيزِ حنطةٍ وقفيزُ حنطةٍ.

(**ولو قال**): «له عليَّ (**مائةٌ وثوبٌ**» **أو**) قال: «له عليَّ (**مائةٌ وثوبانِ**»: **لَزِمَه تفسيرُ «المائةِ»**)، فيلزمه ثوب واحد في الأولى، وثوبان في الثانية **بالاتفاق**؛ لأنهما مبهمة، والثوبُ عطفٌ عليها لا تفسيرٌ لها؛ لأن المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه، ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما في «مائة ودرهم».

(**وإن قال**): «له عليَّ (**مائةٌ وثلاثةُ أثوابٍ**»: **فالكلُّ ثيابٌ**)، فيلزمه أثواب في الكل؛ لأنه

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٦/١٩٤).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٩).

(٣) وفي «الإصلاح» (٢/٢٦٥): وجه **القياس**: أن المائة مبهمة، والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرٌ بها، فبقيت المائة على إبهامها كما في الثاني.
وجه الاستحسان: وهو الفرق أنهم يستثقلون تكرار الدرهم فيما يكثر استعماله في الأثمان والمكيل والموزون، وفيما عداه بقي على الحقيقة. (داماد، منه).

(٤) «الغرر البهية» للسنيكي (٣/٢٢٣).

ولو أَقَرَّ بتمرٍ في قَوْصَرَّةٍ: لَزِمَاه. أو بخاتَمٍ: لَزِمَه الحَلْقَةُ والفَصُّ. أو بسيفٍ: فالنَّصْلُ والجَفْنُ والحَمائلُ. أو بحَجَلةٍ: فالكِسوَةُ والعِيدانُ. وإن بدابَّةٍ في إِصْطَبْلٍ: لَزِمَه الدابَّةُ فقط. وبثوبٍ في مِندِيلٍ: لَزِمَاه. وكذا بثوبٍ ....

ذكَر عددين مبهمين، وذكَر عقيبهما مميزا بلا واو، فينصرف إليهما؛ لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير كعدد واحد بالاقتران.

(ولو أَقَرَّ بتمرٍ في قَوْصَرَّة)، وهي: وعاء من خُوص وغيره، ويقال: وعاءٌ للتمر منسوجٌ من قصب.

وفي «الجوهرة»: «القَوْصَرة» -بتشديد الراء وتخفيفها-: وعاء التمر يتخذ من قصب، وإنما سمي: «قوصرة» ما دام فيها التمر، وإلا: فهي «زنبيل»[1].

(لَزِمَاه) أي: التمر والقوصرة معا؛ لأن غصب الشيء لا يتحقق بدون الظرف، وكذا الطعام في السفينة والجوالق، بخلاف ما إذا قال: «غصبت من قوصرة» أو «... من سفينة» أو «... من جوالق»؛ لأن كلمة «من» للانتزاع، فيكون إقرارا بغصب المنزوع.

(أو) أقَرَّ (بخاتَمٍ: لَزِمَه الحَلْقَةُ والفَصُّ)؛ لإطلاق الاسم على جميع الأجزاء، ولهذا يدخل الفص في بيعه من غير تسمية.

(أو) أقَرَّ (بسيفٍ: فالنَّصْلُ) أي: لزمه حديده، (والجَفْنُ) أي: غلافه، (والحَمائلُ)، وهي: علاقة السيف؛ لأن اسم «السيف» يطلق على الكل.

(أو) أقَرَّ (بحَجَلةٍ) -بفتحتين-: (فالكِسوَةُ) أي: لزمه الكسوة، (والعِيدانُ)؛ لانطلاق الاسم على الكل عرفا؛ لأنه بيتٌ مزيَّن بالأسرة والثياب والستور.

وقيل: بيتٌ يتخذ من خشب وثياب، اسمه: «خَرْكاه» و«أُوتَاق».

(وإن) أقَرَّ (بدابَّةٍ في إِصْطَبْلٍ: لَزِمَه الدابَّةُ فقط) عند الشيخين؛ لأن غصب الإصطبل لا يتحقق لعدم إمكان النقل؛ لكونه محلا للغير، فلا يكون تابعا لها.

وعلى قياس قول محمد: يضمنهما؛ لأن غصب غير المنقول يتحقق عنده.

وعلى هذا: الطعام في البيت.

(و) إن أقَرَّ (بثوبٍ في مِندِيلٍ: لَزِمَاه)؛ لأن المنديل ظرف للثوب، (وكذا) إن أقَرَّ (بثوبٍ

(١) «الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (١/٢٥٣).

في ثوبٍ. وإن بثوبٍ في عشرةِ أثوابٍ: لَزِمَه ثوبٌ واحدٌ عند أبي يوسف، وأحدَ عشرَ عند محمد.

ولو قال: «عليَّ خمسةٌ في خمسةٍ»: لَزِمَه خمسةٌ وإن نَوَى الضرب، وبِنِيَّة «مع»: لَزِمَ عشرةٌ. ....

في ثوبٍ): لزم الظرف كالمظروف؛ لأن الإقرار بالمظروف لا يتحقق بدون ظرفه.

(وإن) أقَرَّ (**بثوبٍ في عشرةِ أثوابٍ: لَزِمَه ثوبٌ واحدٌ عند أبي يوسف**)، وهو قول **الإمام** أولا، لأن كلمة «في» تستعمل في البين والوسط، قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩] بمعنى: «بين عبادي»، فوقع الشك، فلم تثبت الظرفية، ولأن العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادةً، والممتنعُ عادةً كالممتنع حقيقةً، فيحمل على بيان محله؛ كما: لو قال: «غصبت سرجا على فرس»: فإنه إقرار بغصب سرج، فيكون ذكر «الفرس» بيانا للمحل.

(و) لَزِمَه (**أحدَ عشرَ عند محمد**)؛ لأنه قد يجوز أن يُلَفَّ الثوب النفيس في عشرة أثواب، فصار كقوله: «حنطة في جَوالِق».

وفي «التبيين»: ما قاله **محمد** منقوض بما إذا قال: «غصبت كِرْباسا في عشرة أثواب حرير»: يلزمه الكل **عنده** مع أنه ممتنع عرفا[1][١١٨/ب].

(**ولو قال**) له: («**عليَّ خمسةٌ في خمسةٍ**»: **لَزِمَه خمسةٌ وإن**) -وصلية- (**نَوَى الضرب**[2]) المصطلح عليه عند الحساب؛ لأن المقَر به خمسة مضروبة، والخمسةُ إذا ضربت بخمسة: تكثر أجزاؤها؛ لأن عينها تكثر وتبلغ خمسة وعشرين.

وقال **زفر**: عشرة.

وقال **الحسن**: يلزمه خمسة وعشرون كما في «الإصلاح»[3].

(**وبِنِيَّة «مع»: لَزِمَ**[4] **عشرةٌ**) أي: لو قال: «أردت خمسة مع خمسة»: لزمه عشرة

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٠).

(٢) تفصيله: أن عمل الضرب تكثير في أجزاء المال؛ لإزالة الكسر، لا تكثير في المال؛ إذ خُمُس خمسةٍ: واحدة، وخُمُسَاها: اثنتان، وثلاثة أخماسها: ثلاثة، وأربعة أخماسها: أربعة، وخمسة أخماسها: خمسة، فلم يزد أصل الخمسة عددا ولا وزنا. (داماد، منه).

(٣) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢٦٦).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يلزم».

وفي قوله: «عليّ من درهمٍ إلى عشرةٍ» أو «ما بين درهمٍ إلى عشرةٍ»: يَلزَمه تسعةٌ، وعندهما: عشرةٌ.

وإن قال: «له مِن داري ما بين هذا الجدارِ إلى هذا الجدارِ»: فله ما بينهما فقط.

وصحَّ الإقرارُ بالحَمل، وحُمِلَ على الوصيَّة من غيرِه، وللحملِ إن بيَّنَ سببًا صالحًا كإرثٍ أو وصيةٍ. ....

بالاتفاق؛ إذ اللفظ يحتمله.

(**وفي قوله: «عليّ من درهمٍ إلى عشرةٍ» أو «ما بين درهمٍ إلى عشرةٍ»: يَلزَمه تسعةٌ**) فيهما عند الإمام؛ لأن الغاية لا تدخل تحت المغيَّا، لكن الأُولى تدخل هنا بالضرورة؛ لأن الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الأول.

(**وعندهما**)، والأئمة الثلاثة: يلزمه (**عشرةٌ**)؛ لأن الغاية لا بد أن تكون موجودة؛ إذ المعدوم لا يصلح أن يكون حدا للموجود، فوجودُه بوجوبه، فتدخل الغايتان.

وعند زفر: يلزمه ثمانية، وهو اعتبر الحدَّيْن خارجين، وهو القياس؛ لأن بعض الغايات يدخل، وبعضها لا، فلا يدخل بالشك.

(**وإن قال: «له مِن داري ما بين هذا الجدارِ إلى هذا الجدارِ»: فله ما بينهما فقط**) بالإجماع؛ لوجوده بلا انضمام شيء، بخلاف قوله: «عليَّ ما بين الواحد إلى العشرة»؛ إذ ليس للبَيْن وجود مستقل؛ لتوقفه على الواحد، فظهر الفرق بينهما.

(**وصحَّ الإقرارُ بالحَمل**) المحتمَل وجودُه وقت الإقرار بأن أقرَّ بحمل جارية أو شاة لرجل: يصح إقراره بالاتفاق بلا بيان سببه.

(**وحُمِلَ على الوصيَّة من غيرِه**)، بيانه: أن يُوصِي زيدٌ حملَ جاريتِه أو شاتِه لبكرٍ، ومات، وأقرَّ وارثه بأن هذا الحمل لبكر.

(**و**) صحَّ الإقرار (**للحملِ إن بيَّنَ**) المقر (**سببًا**)[1] **صالحًا**) يُتصوَّر للحمل (**كإرثٍ**) بأن قال: «إن مُورِّث الحمل مات، فورثه الحمل، واستهلكت من مال المورث ألفا -مثلا-»، (**أو وصيةٍ**) بأن قال: «إن مورثي أوصى في حياته بحمل فلانة ألفا -مثلا-»؛ لأنه بيَّن سببا صالحا في الصورتين، وهو: الإرث، والوصية.

---

(١) قوله: «بيَّن سببا» يتعلق بـ«الإقرار للحمل». (داماد، منه).

فإن وَلَدت حيًا لِأقلَّ من نصفِ حولٍ مذ أقرَّ: فله ما أقرَّ به، وإن حيَّين: فلهما، وإن ميتًا: فللمُوصِي والمُورِّث. وإن فَسَّرَ ببيعٍ أو إقراضٍ أو أَبهَمَ الإقرارَ: لَغَا.

(**فإن وَلَدت**) الحامل ولدًا (**حيًا لِأقلَّ من نصفِ حولٍ مذ أقرَّ: فله**) أي: للحمل (**ما أقرَّ به**) المقِر؛ لأنه كان موجودا وقت الإقرار بيقين.

(**وإن**) ولدت ولدين (**حيَّين: فلهما**) أي: فالمال بينهما على السوية إن كانا ذكَرين أو أنثَيين، وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى: فكذلك في الوصية، وفي الإرث للذكَر مثل حظ الأنثَيين[1].

وفي «القهستاني»: وفيه إشارة إلى: أن الأم لو كانت معتدة، فولدت لأقل من سنتين من موت أحدهما: استحق الولد ما أُقِر؛ لأنه كان في البطن، وإلى أنه: لو لم تكن معتدة بل ذات زوج، فولدت لأكثر من ستة أشهر: لم يستحق[2].

(**وإن**) ولدت ولدًا (**ميتًا: فللمُوصِي والمُورِّث**) أي: يُردُّ المال إلى ورثة الموصي والمورِّث؛ لأن هذا الإقرار في الحقيقة لهما، وإنما ينتقل إلى الجَنين بعد ولادته ولم ينتقل، فيكون لورثتهما.

(**وإن فَسَّرَ ببيعٍ أو إقراضٍ**) أي: إن فسر المقِر الإقرار بسببٍ غير صالحٍ بأن قال: «إنه باع مني هذه الدار بكذا»، أو «أقرضني»، أو «وهب مني كذا»: لا يلزمه شيء؛ إذ لا يُتصوَّر شيء منه من الجنين، (**أو أَبهَمَ**) المقِر (**الإقرارَ**) بلا بيان سببٍ أصلا بأن قال: «عليَّ لحمل فلانة كذا»: (**لَغَا**[3]) أي: يكون إقراره لغوا، فلا يلزمه شيء أيضا عند **أبي يوسف**؛ لأن وجوه فساده أكثرُ كالبيع والشراء والإقراض والهبة من وجوه جوازه كالإرث والوصية، مع أن الحمل على الجواز متعذر؛ إذ الجمع بينهما غير متصور، وليس أحدهما بأن يُعتبَر سببا أَوْلى من الآخر، فتعيَّنَ الفساد، خلافا **لمحمد**؛ لأن الإقرار من الحجج، فيجب إعماله، وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح.

---

(١) قوله: «وفي الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين» ليس على إطلاقه، بل إذا لم يكونا من أولاد أم الميت؛ لِما صرَّحوا من أن ذكورهم وإناثهم في القسمة والاستحقاق سواء. (**داماد، منه**).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٥٤).

(٣) وفي «التبيين» (٥/١٢): وحاصله: أن للمسألة ثلاث صور؛ إن أبهم الإقرار: فهو على الخلاف، وأما إن بيَّن سببا صالحا: فيجوز بالإجماع، وأما إن بيَّن سببا غير صالح: فلا يجوز بالإجماع. (**داماد، منه**).

وإن أقَرَّ بشرط الخيارِ: لَزِمَه المالُ، وبَطَلَ الشرطُ.

وفي «التنوير»: والإقرار للرضيع صحيح وإن بيَّن سببا غيرَ صالحٍ حقيقة كالإقراض[١١٩/أ](١).

(**وإن أقَرَّ بشرط الخيارِ**) بأن قال: «له عليَّ ألف درهم قرضٌ أو غصبٌ أو عاريةٌ قائمة أو مستهلكة على أني بالخيار ثلاثة أيام»: (**لَزِمَه المالُ، وبَطَلَ الشرطُ**)؛ لأن الإقرار إخبار، والإخبارُ لا يَقبل الخيار.

وزاد صاحب «المنح» قوله: وإن صدَّق المقَر له: لا عبرة بتصديقه، إلا إن أقر بعقد بيعٍ وقَع بالخيار له: فإنه يصح الإقرار، ويثبت الخيار إذا صدَّقه المقَر له أو أقام عليه بينةً، إلا أن يكذبه المقر له: فلا يثبت الخيار، وكان القول قول المقر له كإقراره بدينٍ بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة ولو كانت طويلة؛ فإنه يجوز إن صدقه المقر له(٢).

وفي «الغرر»:

* اشهدا على ألف في مجلس، وآخران في آخر: لزم ألفان.

* الأمر بكتابة الإقرارِ إقرارِ أحد الورثة إقرارٌ بالدين؛ قيل: يلزمه كله، وقيل: حصته، لكن الفتوى في زمننا بالأول(٣).

وفي «التنوير»:

* أقرَّ، ثم ادعى المقِر: «أنه كاذب في الإقرار»: يُحلَّف المقَر له: «أنه لم يكن كاذبا» عند **أبي يوسف**، وبه يفتى، وسيأتي إن شاء الله في «مسائل شتى».

* وكذا لو ادَّعى وارث المقِر، وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له: فاليمين عليهم بالعلم: «إنا لا نعلم أنه كان كاذبا»(٤).

وفي «المنح»:

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٩).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٧٠/ب).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٦٣).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٦٩).

باب الاستثناء وما في معناه: ....

* إذا قال ذو اليد: «ليس هذا لي» أو «ليس ملكي»، أو «لا حق لي فيه»، أو «ليس لي فيه حق»، أو «ما كان لي»، أو نحو ذلك، ولا منازع له حينما قال، ثم ادعى ذلك أحد، فقال ذو اليد: «هو لي»: صح ذلك منه، والقول قوله، وهذا التناقض لا يمنع.

* أقرَّ لرجل بعينٍ لا يملكه: صح إقراره، حتى: لو ملكه يوما من الدهر: يُؤمَر بالتسليم إلى المقر له.

* طلبُ الصلح عن الدعوى لا يكون إقرارا، وطلبُ الصلح عن المدَّعى يكون إقرارا.

* «أبرأني عن الدعوى» ليس بإقرار، «أبرأني عن هذا المال» إقرارٌ.

* الإقرار بشيء محالٍ باطلٌ[١]، وتمامه فيه، فليطالع.

(باب الاستثناء وما في معناه)

لمَّا ذكَر موجَب الإقرار بلا تغيُّر: شرَع في بيان موجبه مع المغيِّر، وهو: الاستثناء، وما في معناه في كونه مُغيِّرا للسابق كالشرط ونحوه.

و«الاستثناء»: تكلُّمٌ بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب، ونفيٌ باعتبار الأجزاء، هذا عندنا[٢].

وعند الشافعي: إخراجٌ بعد الدخول بطريق المعاوضة[٣]. وهذا مشكل؛ فإن الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق، ولو كان إخراجا: لَما صحَّ؛ لأنهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع كما في «التبيين»[٤].

وشُرِط في الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه، إلا إذا انفصل عنه لضرورة نفَس أو سُعال أو أخذِ فمٍ: فإنه لا يقطع الاتصال كما في الطلاق، والنداءُ بينهما لا يضر كقوله: «لك عليَّ

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٧٠/ب-١٧١/أ).

(٢) وتحقيقه: أنه لا حكم فيما بعد «إلا»، بل مسكوت عند عدم القصد كمسألة الإقرار في قوله: «عليَّ عشرة إلا ثلاثة»؛ لفهم أن الغرض الإثباتُ فقط، فنفيُ الثلاثة إشارة لا عبارة، وإثباتُ السبعة عكسه، وعند القصد يَثبت لما بعدها نقيض ما قبلها ككلمة التوحيد نفي وإثبات قصدا. (داماد، منه).

(٣) «أصول الفقه» لابن المفرج (٣/٨٩٦).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٣).

صحَّ استثناءُ بعضِ ما أقَرَّ به لو متَّصِلا، ولَزِمَه باقِيه. وبَطَلَ استثناءُ الكلِّ.

ألف درهم يا فلان إلا عشرة»، بخلاف: «لك ألف فاشهدوا إلا كذا» ونحوه مما يُعدُّ فاصلا؛ فإن الاستثناء لا يصح معه كما في «المنح»[1].

وفيه إشارة إلى أنه: لو استثنى منفصلا عن إقراره: لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى الرجوع عن الإقرار، والرجوعُ عنه غير جائز مطلقا، فيلزمه ما أقرَّ.

(صحَّ استثناءُ بعضِ ما أقَرَّ به لو) كان الاستثناء (متَّصِلا) بإقراره، (ولَزِمَه باقِيه)؛ لأن الاستثناء مع الجملة -أي: الصدر- عبارة عن الباقي؛ لأن معنى قوله: «عليَّ عشرة إلا درهما» معنى قوله: «عليَّ تسعة»؛ سواء استثنى الأقل أو الأكثر، وهو قول للأكثر؛ لورودهما في كلام الله تعالى[2]، وهو المذهب كما في «التبيين»[3].

وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز؛ لأن العرب لم يتكلم بذلك، وهو مذهب زفر.

وفي «النهاية»: ولا فرق بين استثناء الأقل أو الأكثر وإن لم يتكلم به العرب، ولا يمنع صحته إذا كان موافِقا لطريقهم كاستثناء الكُسور ولم يتكلم به العرب، وهو الصحيح، ولا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يُقسَّم أو مما يُقسَّم، حتى: إذا قال: «هذا العبد لفلان إلا ثُلُثه» أو قال: «... إلا ثُلُثَيه»[4]: صحَّ.

(وبَطَلَ استثناءُ الكلِّ)، وإن ذكره موصولا: فيلزمه كله؛ لأنه لا يكون بيانا لكلامه، بل يكون رجوعا عن إقراره، وذا غير جائز كما في أكثر المعتبرات[5].

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٧٢/أ).

(٢) كقوله تعالى: ﴿قُمِ ٱلَّيۡلَ إِلَّا قَلِيلٗا ۝٢ نِّصۡفَهُۥٓ أَوِ ٱنقُصۡ مِنۡهُ قَلِيلًا ۝٣ أَوۡ زِدۡ عَلَيۡهِ﴾ [المزمل: ٢-٤]، وقوله تعالى: ﴿لَأُغۡوِيَنَّهُمۡ أَجۡمَعِينَ ۝٣٩ إِلَّا عِبَادَكَ مِنۡهُمُ ٱلۡمُخۡلَصِينَ﴾ [الحجر: ٣٩-٤٠]، ثم قال: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيۡسَ لَكَ عَلَيۡهِمۡ سُلۡطَٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلۡغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]؛ استثنى ﴿ٱلۡمُخۡلَصِينَ﴾ تارة، و﴿ٱلۡغَاوِينَ﴾ أخرى؛ فأيُّهما كان أكثر لزمه، وقال الشاعر:

أدُّوا التي نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكمًا بالعدل حُكَّام

استثنى تسعين من مائة وإن لم يكن بأداته؛ لأنه في معناه. (داماد، منه).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٤/٥).

(٤) «النهاية» للسغناقي (٢/٢١٩/ب).

(٥) «المبسوط» للسرخسي (١٨/٧٧)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (٧/٢١٠)، و«الهداية» للمرغيناني (١/٢٤٧).

وإن أقرّ بشيئَين، واستثنى أحدَهما، أو أحدَهما وبعضَ الآخر: بَطَلَ استثناؤه، خلافا لهما. ....

وقال صاحب «المنح»: مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع، وليس كذلك[1]، وعن هذا قال في «تنويره»: والاستثناء المستغرق باطلٌ ولو فيما يقبل الرجوع كوصيةٍ إن كان بلفظ الصدر أو مساوية، وإن بغيرهما كـ«عبيدي أحرار إلا هؤلاء»، أو «... إلا سالمًا وغانمًا وراشدًا» وهم الكل: صحَّ الاستثناء[2]، وتفصيله ما مرَّ في الطلاق.

وفي «شرح المجمع»: أن استثناء الكل من الكل إنما يبطل إذا كان بعين لفظ المستثنى منه، وأما إذا كان بغيره: فصحيح كما لو قال: «ثُلُث مالي لزيد إلا ألفا» وثُلُث ماله ألفٌ: فيصح الاستثناء ولا يكون لزيد شيء كما مر في الطلاق[3].

وفي «الجوهرة»: واختلفوا في استثناء الكل، فقال بعضهم: هو رجوع؛ لأنه يُبطِل كل الكلام، وقال بعضهم: هو استثناء فاسد، وليس برجوع، وهو الصحيح[4]، انتهى[١١٩/ب].

(**وإن أقرّ بشيئَين، واستثنى أحدَهما، أو أحدَهما وبعضَ الآخر: بَطَلَ استثناؤه**)، يعني: لو قال: «له عليَّ كُرُّ حنطةٍ وكرُّ شعيرٍ إلا كرَّ حنطة وقفيزَ شعير»: فاستثناء كرٍ وقفيزٍ باطلٌ عند الإمام.

(**خلافا لهما**) أي: قالا: يصح استثناء القفيز؛ لأنه كلام متصل؛ لأن قوله: «إلا كرَّ حنطةٍ» استثناءٌ صحيحٌ لفظا إلا أنه غير مفيد، وإذا كان كلاما متصلا: كان استثناء القفيزِ متصلا، فيصح.

وله: أن استثناء الكرِّ باطل إجماعا، فكان لغوا، فكان قاطعا للكلام الأول، فيكون الاستثناء منقطعا.

وإنما صوَّرْناها بتقديم الكر؛ لأنه لو قدَّم القفيز بأن قال: «إلا قفيزَ شعيرٍ وكرَّ حنطةٍ»: يصح استثناء القفيز اتفاقا؛ لعدم الفاصل كما في «شرح المجمع» وغيره[5].

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٧٢/ب).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٠).

(٣) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٣٣٢).

(٤) «الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢/٤٩).

(٥) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٣٣٣)، و«الاختيار» للموصلي (٢/١٣٥).

وإن استَثْنَى بعضَ أحدِهما أو بعضَ كلٍّ منهما: صحَّ اتفاقا.

ولو استَثْنَى كَيْلِيًا أو وَزنيًا أو عدديًا مُتقارِبًا من دراهمَ: صحَّ بالقيمة، خلافا لمحمد. ولو استَثْنَى منها شاةً أو ثوبًا أو دارًا: بَطَلَ اتفاقا.

فعلى هذا إطلاق المصنف ليس بمحله، بل يلزم التفصيل، تأمَّلْ.

(**وإن استَثْنَى بعضَ أحدِهما**) بأن قال: «له عليَّ كرُّ حنطةٍ وكرُّ شعيرٍ إلا قفيزَ حنطةٍ»، أو «... إلا قفيز شعيرٍ»، (**أو بعضَ كلٍّ منهما**) بأن قال: «له عليَّ كرُّ حنطةٍ أو كرُّ شعيرٍ إلا قفيزَ حنطةٍ وقفيزَ شعيرٍ»: (**صحَّ اتفاقا**) في الصورتين؛ لعدم تخلُّل القاطع في الأولى، وفي الثانية أن قوله: «إلا قفيز حنطة» استثناء صحيح مفيد، فلا يكون قاطعا، فصح العطف عليه، فيلزمه كر حنطة وكر شعير إلا قفيز حنطة وقفيز شعير كما في «الاختيار»[1].

(**ولو استَثْنَى كَيْلِيًا أو وَزنيًا أو عدديًا مُتقارِبًا من دراهمَ**) بأن قال: «له عليَّ مائة درهم إلا قفيز بر»، أو «... إلا دينارا»، أو «... إلا مائة جوز»: (**صحَّ بالقيمة**[2]) استحسانا عند **الشيخين**، ولزمه مائة درهم إلا قيمة القفيز، أو الدينار، أو الجوز؛ لأن الاستثناء إخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى؛ إذ المقدَّرات جنس واحد معنى ولو أجناسا صورة؛ لأنها يثبت في الذمة ثمنا، فكانت جنسا واحدا في حكم الثبوت في الذمة.

والقياس: أن لا يصح هذا الاستثناء، وهو قول **محمد** و**زفر**، وعن هذا قال:

(**خلافا لمحمد**)؛ لأن الاستثناء إخراج بعض ما تَناوَله صدرُ الكلام على معنى: أنه لولا الاستثناء: لكان داخلا تحت الصدر، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس.

(**ولو استَثْنَى منها**) أي: من الدراهم (**شاةً أو ثوبًا أو دارًا: بَطَلَ اتفاقا**)؛ لأن ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي، بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى.

وقال **مالك** و**الشافعي**: يجوز في كل واحد من الكيلي والوزني والعددي؛ لتحقق المجانسة من حيث المالية، فيطرح قدر قيمة المستثنى، ولزمه الباقي[3].

---

(١) «الاختيار» للموصلي (١٣٥/٢).

(٢) قوله: «صحَّ بالقيمة»؛ أي: سواء استغرقت القيمة جميع ما أقرَّ به أو لا؛ لأنه استغراق بغير المساوي، بخلاف قوله: «له عليَّ دينار إلا مائة درهم»؛ لاستغراقه بالمساوي، فيبطل؛ لأنه يصير استثناء الكل من الكل، وهو تصرف فاسد كما في «البحر» (٢٥٢/٧). (داماد، منه).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٢٣٧/٤)، و«مختصر الخليل» (ص: ٨٥).

ومن وَصَلَ بإقراره: «إن شاء الله»: بَطَلَ إقراره. وكذا إن عَلَّقَه بمشيئةِ مَن لا تُعرَف مشيئتُه كالملائكةِ والجنِّ.

وفي «التنوير»: وإذا استثنى عددين بينهما حرفُ الشك: كان الأقل مُخرَجا؛ نحو: «له عليَّ ألف درهم إلا مائة أو خمسين»: فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح، وإذا كان المستثنى مجهولا: يثبت أكثر؛ نحو: «له عليَّ مائة درهم إلا شيئا»، أو «... قليلا»، أو «... بعضا»: لزمه أحد وخمسون، وتمامُ المسألتين في «شرحه»[١]، فليطالع.

(**ومن وَصَلَ بإقراره: «إن شاء الله»: بَطَلَ إقراره**)؛ لأن التعليق بمشيئة الله تعالى إبطالٌ عند **محمد**، فبطل قبل انعقاده للحكم، وتعليقٌ بشرطٍ لا يوقف عليه عند **أبي يوسف**، فكان إعداما من الأصل كما في «الدرر» وغيره[٢].

لكن في «العناية» خلافه؛ لأنه قال: ومن قال: «لفلان عليَّ مائة درهم إن شاء الله»: لم يلزمه الإقرار؛ لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطالٌ كما هو مذهب **أبي يوسف**، أو تعليقٌ كما هو مذهب **محمد** كما قرَّرْناه في الطلاق[٣]، فتلزم المنافاة إلا أن يحمل على اختلاف الروايتين.

(**وكذا إن عَلَّقَه بمشيئةِ مَن لا تُعرَف مشيئتُه كالملائكةِ والجنِّ**) أي: «إن شاء الجن» أو «... الملائكة»؛ لأنه لا تعرف مشيئتهم، فلا يقع عليه شيء؛ لأن الأصل براءة الذِّمَم، فلا يثبت بالشك.

وفي «البحر»:

* وكذا بمشيئة فلان وإن شاء.

* وكذا كل إقرار عُلِّق بشرط على خطر ولم يتضمَّن دعوى أجل كـ«إن حلفت: فلك ما ادعيت به»، وإن بشرطٍ كائنٍ: فتنجيز كـ«عليَّ ألف درهم إن متّ»: لزمه قبل الموت، وإن تَضمَّن دعوى الأجل كـ«إذا جاء رأس الشهر: فلك عليَّ كذا»: لزمه للحال، ويستحلف المقر له في الأجل[٤].

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٠)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٧٣/أ).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢/٢٤١٢)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٦٤).

(٣) «العناية» للبارتي (٦/٣٦٦).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٥٢-٢٥٣).

ولو أقرَّ بدارٍ، واستثنى بناءها: كانَا للمقَرِّ له. ولو قال: «بناؤها لي، والعَرصةُ له»: كان كما قال. وفصُّ الخاتَمِ ونخلُ البستانِ كبِنائِها.

وإن قال: «له عليَّ ألفٌ من ثمنِ عبدٍ لم أَقبِضه»؛ فإن عَيَّنَه: قيل للمقَرِّ له: «سَلِّم، وتَسلَّمْ إن شئتَ»، ....

(ولو أقرَّ بدارٍ، واستثنى بناءها) بأن قال: «هذه الدار لزيد، والبناء لنفسي»: (كانَا) أي: الدار والبناء جميعا (للمقَرِّ له)؛ لأن البناء داخل في إقرار معنى لا لفظا، والاستثناء تصرُّفٌ في اللفظ، فلم يصح، بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء ثلثها؛ لأن أجزاء الدار داخلة تحت الدار، فصح استثناؤه.

وعند الأئمة الثلاثة: يصح استثناء البناء منها[1].

(ولو قال) المقِر: («بناؤها لي، والعَرصةُ) أي: البقعة (له»: كان) الحكم أو الإقرار (كما قال) بأن يكون البناء له والعرصة للمقر له؛ لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء[١٢٠/أ]، فصار كأنه قال: «بياض هذه الأرض دون البناء لفلان»، بخلاف ما إذا قال: «بناء هذه الدار لي، وأرضها لفلان»: حيث يكون له البناء أيضا؛ لأن الأرض كالدار، فيتبعها البناء، بخلاف ما إذا قال: «بناء هذه الدار لزيد، والأرض لعمرو»: حيث يكون لكل منهما ما أقرَّ له به.

(وفصُّ الخاتَمِ ونخلُ البستانِ كبِنائِها)، وكذا طَوْق الجارية؛ لأن دخول الفص في الخاتم بالتبعية، وكذا دخول النخل في البستان، فلا يصح الاستثناء، بخلاف ما لو قال: «الحُقَّة لفلان، والفص لي»، و«الأرض له، والنخل لي»: يصح.

(وإن قال: «له عليَّ ألفُ) درهمٍ (من ثمنِ عبدٍ) اشتريتُه منه (لم أَقبِضه) أي: العبدَ» -الجملة صفة «عبد»-:

(فإن عَيَّنَه) أي: المقِر العبدَ بأن ذكر عبدا بعينه، وصدَّقه المقَر له في شرائه وعدمِ قبضهك (قيل للمقَرِّ له: «سَلِّم) العبدَ إلى المقِر، (وتَسلَّمْ) -أمرٌ من «التفعُّل»-؛ أي: خُذْ ثمنه منه (إن شئتَ»)؛ فإن سلَّم المقَرُّ له العبدَ المعيَّنَ بأن يُحضِره بين يديه: يلزم على المقِر ألفٌ بهذا القيد؛ لأنه أقرَّ له بألف على صفة، فيلزمه على الصفة التي أقرَّ بها، وإن لم يُسلِّم العبد إلى المقر: لا يلزمه ألف إجماعا.

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٧/٦٤)، و«النوادر» للقيرواني (٨/١٣١).

وإن لم يُعيِّنه: لَزِمَه الألفُ، ولَغَا قوله: «لم أَقبِضه».

ولو قال: «من ثمنِ خمرٍ» أو «...خنزيرٍ»: لا يُصدَّق، وعندهما: إن وَصَلَ: صُدِّقَ.

وهذه المسألة على وجوه:

أحدها: ما ذُكِر هنا.

والثاني: أن يقول المقَر له: «القِنُّ قِنُّك ما بعته، وإنما بعتُك قنا غيره»، والحكم فيه: كالأول.

والثالث: أن يقول: «القن قِنِّي ما بعتُكه»، وحكمه: أن لا يلزم على المقِر شيء.

والرابع: أن يقول: «القن قنّي ما بعتُكه، وإنما بعتك غيره»، وحكمه: أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا في المبيع، وهو يوجب التحالف، وتمامه في «الدرر»[1]، فليراجع.

(**وإن لم يُعيِّنه**) أي: المقِر العبدَ، ولم يُصدِّقه المقَر له في عدم قبضه: (**لَزِمَه**) أي: المقِرَّ (**الألفُ، ولَغَا قوله: «لم أَقبِضه»**) عند **الإمام**؛ لأنه رجوع بعد الإقرار، فلا يصح؛ لا موصولا ولا مفصولا، وبه قال زفر والحسن.

وعندهما: إن وصَل صُدِّق، ولا يلزمه شيء، وإن فصَل؛ فإن أنكر المقَر له سببَ الوجوب: لم يُصدَّق، وإن صدَّقه المقَر له؛ لأنه بيان تغيير: فيصح موصولا لا مفصولا، وبه قالت **الأئمة الثلاثة**[2].

(**ولو قال**): «له[3] عليَّ ألفٌ (**من ثمنِ خمرٍ**» أو «**...خنزيرٍ**»: **لا يُصدَّق**) عند **الإمام**؛ وصَل أو فصَل، ولزمه الألف.

(**وعندهما**)، **والأئمة الثلاثة**[4]: (**إن وَصَلَ: صُدِّقَ**) في المسألتين، ولا يلزمه الألف على ما مرَّ آنفا.

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٦٥/٢).

(٢) قول المالكية والحنابلة كقول الإمام كما في «الذخيرة» للقرافي (٣٠٢/٩)، و«الهداية» للكلوذاني (ص: ٦٠٩)، و«فتح العزيز» للرافعي (١٦٧/١١).

(٣) في الأصل، م، ن من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، ح، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٤) قول المالكية والحنابلة كقول الإمام كما في «الذخيرة» للقرافي (٣٠١/٩)، و«الكافي» لابن قدامة، و«فتح العزيز» للرافعي (١٦٧/١١).

ولو قال: «من ثمنِ متاعٍ» أو «أَقرَضَني وهي زيوفٌ أو نَبَهرَجةٌ»: لَزِمَه الجِياد، وقالا: يَلزَمه ما قال إن وَصَلَ. وإن قال: «من غصبٍ أو وديعةٍ وهي زُيوفٌ أو نَبَهرَجةٌ»: صُدِّق. ولو قال: «سَتُّوقةٌ أو رصاصٌ»؛ فإن وَصَلَ: صُدِّقَ، وإلا: فلا. ولو قال: «غصبتُه ثوبًا وجاءَ بمَعيبٍ»: صُدِّقَ. ولو قال: «عليَّ ألفٌ إلا أنه ينقُصُ مائةً»: صُدِّقَ إن وَصَلَ، وإلا: لَزِمَ الألف.

ولو قال: «له عليَّ ألف وهو حرام»، أو «... ربا»: فهي لازمة له؛ لاحتمال أن يكون هذا حلالا عند غيره، ولو قال: «... زُورًا» أو «... باطلا»؛ إن صدَّقه المقر له: فلا شيء عليه، وإن كذَّبه لزمه كما في «التبيين»[1].

(ولو قال): «له عليَّ ألفٌ (من ثمنِ متاعٍ» أو «أَقرَضَني وهي) أي: الألف (زيوفٌ أو نَبَهرَجةٌ») أو «...سَتُّوقةٌ» أو «...رَصاصٌ»: (لَزِمَه الجِياد)؛ لأن البيع أو القرض يقع على الجياد، فلا يجوز التفسير بضدها، هذا عند الإمام؛ لأنه رجوع عن إقراره؛ وصَل أو فصَل.

(وقالا: يَلزَمه ما قال إن وَصَلَ)؛ لِما مرَّ من: أنه بيان تغيير، فيُصدَّق موصولا لا مفصولا، وبه قالت الأئمة الثلاثة[2].

(وإن قال): «له عليَّ ألفٌ (من غصبٍ أو وديعةٍ وهي زُيوفٌ أو نَبَهرَجةٌ»: صُدِّق) اتفاقا؛ وصَل أم فصَل، فيلزمه ما أقرَّ به؛ لأن الغصب لا يقتضي السلامة، وكذا الوديعة؛ لأن الشخص يغصب بما يجده ويُودِع بما يملكه، فلا يكون رجوعا بل بيانا للنوع، فصُدِّق مطلقا.

(ولو قال): «له عليَّ ألفٌ من غصب أو وديعة وهي[3] (سَتُّوقةٌ أو رصاصٌ»؛ فإن وَصَلَ: صُدِّقَ)؛ لأنه بيان تغيير، (وإلا: فلا) أي: وإن فصَل: لا يُصدَّق؛ لأنهما ليسا من جنس الدراهم، إلا أن اسم «الدراهم» يتناولهما بطريق المجاز، فكان بيانا مغيرا، فلا بد من الوصل.

(ولو قال: «غصبتُه ثوبًا وجاءَ بمَعيبٍ») أي: بثوب معيب»: (صُدِّقَ) المقر مع الحلف إن لم يُثبِت الخصم سلامتَه؛ لِما مرَّ: أن الغصب غير مختص بالسليم كالوديعة[١٢٠/ب].

(ولو قال): «له (عليَّ ألفٌ إلا أنه ينقُصُ مائةً»: صُدِّقَ إن وَصَلَ، وإلا: لَزِمَ الألف)؛ لِما مر: أن الاستثناء يجوز متصلا لا منفصلا.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٦/٥).

(٢) «النوادر» للقيرواني (١٣٧/٩)، و«التهذيب» للبغوي (٢٤٥/٤)، و«المغني» لابن قدامة (١١٩/٥).

(٣) في الأصل، م من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، ح، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

ولو قال: «أخَذتُ منك ألفًا وديعةً، فهَلَكتْ»، وقال المقَرُّ له: «أخَذتَها غصبًا»: ضَمِنَ. ولو قال بدل «أخَذتُ»: «أعطَيْتَني»: لا يَضمَن.

ولو قال: «غصبتُ هذا الشيء من زيدٍ، لا بل من عمرٍو»: فهو لزيدٍ، وعليه قِيمتُه لعمرٍو. ....

(**ولو قال**) المقِر: («**أخَذتُ منك ألفًا وديعةً، فهَلَكتْ**) في يدي من غير تَعدٍّ») (**وقال المقَرُّ له**): «بل (**أخَذتَها**) مني حال كونها (**غصبًا**): **ضَمِنَ**) المقِر ما أقَرَّ بأخذه له؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وهو: الأخذ، ثم إنه ادَّعى ما يوجب البراءة، وهو: الإذن بالأخذ، والآخرُ ينكر: فالقول قوله مع يمينه، بخلاف ما إذا قال له المقَر له: «بل أخذتَها قرضا»: حيث يكون القول للمقِر؛ لأنهما تصادَقَا على أن الأخذ حصل بإذنه، وهذا لا يوجب الضمان على الآخِذ إلا باعتبار عقد الضمان، فالمالك يدَّعي عليه العقد، وذلك يُنكِر: فالقول قول المنكر.

(**ولو قال**) المقر (**بدل «أخَذتُ»: «أعطَيْتَني»: لا يَضمَن**) المقِر؛ لأنه لم يقِرَّ بما يوجب الضمان، بل أقرَّ بالإعطاء، وهو فعل المقَر له، فلا يكون مقِرًّا على نفسه بسبب الضمان، والمقَرُّ له يدعِي عليه سبب الضمان وهو ينكر: فالقول قوله.

(**ولو قال: «غصبتُ هذا الشيء من زيدٍ، لا بل من عمرٍو»: فهو**) أي: الشيء (**لزيدٍ، وعليه**) أي: المقِر (**قِيمتُه لعمرٍو**)؛ لأن قوله: «من زيد» إقرارٌ له، ثم قوله: «لا» رجوع عنه، فلا يقبل، وقوله: «بل لعمرو» إقرارٌ منه لعمرو وقد استهلكه بالإقرار لزيد، فيجب عليه قيمته لعمرو.

* ولو قال: «له عليَّ ألف، لا بل ألفان»: يلزمه ألفان استحسانا.

وفي القياس: يلزمه ثلاثة آلاف، وهو قول زفر.

* ولو قال: «غصبته عبدا أسود، لا بل أبيض»: لزمه عبدٌ أبيضُ.

* ولو قال: «غصبته ثوبا هَرَوِيا، لا بل مَرْوِيا»: لزماه.

* وكذا: «له عليَّ كرُّ حنطةٍ، لا بل كرُّ شعيرٍ»: لزماه.

* ولو قال: «لفلان عليَّ ألف درهم، لا بل لفلان»: لزمه المالان.

* ولو قال: «له عليَّ ألف، لا بل خمسمائة»: لزمه الألف.

والأصل في ذلك: أن «لا بل» متى تَخلَّلت بين المالَيْن من جنسَيْن: لزماه، وكذلك من جنس واحد إذا كان المقَر له اثنين، فإذا كان واحدا والجنس واحد: لزم أكثر المالين، وتمامه

ولو قال: «هذا كان لي وديعةً عندك، فأخَذتُه»، وقال الآخَر: «هو لي»: دُفِعَ إليه.

وإن قال: «آجَرتُ فرسي أو ثوبي هذا فلانا، فرَكِبَه أو لَبِسَه، ورَدَّه عليّ» أو «أعَرْتُه أو أسكَنْتُه داري، ثم رَدَّها عليّ»: صُدِّقَ. وعندهما: القولُ للمأخوذ منه.

ولو قال: «خاطَ ثوبي هذا بكذا، ثم قَبَضتُه منه»، وادَّعاه الآخَر: فعلى هذا الخلاف في الصحيح.

في «الاختيار»[1]، فليراجع. وفي «التنوير»: ولو قال: «الدين الذي لي على فلان لفلان»، أو «الوديعة التي عند فلان هي لفلان»: فهو إقرار له، وحقُّ القبض للمقِر، ولكن لو سلَّم إلى المقَر له: بَرِئَ[2].

(**ولو قال**) لآخر: («**هذا**) الشيء (**كان لي وديعةً عندك، فأخَذتُه**»، **وقال الآخَر**: «**هو لي**»: **دُفِعَ إليه**) أي: إلى الآخر؛ لأن المقِر أَقَرَّ باليد له ثم بالأخذ منه، وهو سبب الضمان، ثم ادعى استحقاقه عليه: فلا تقبل دعواه، فوجب عليه رد عينِه قائما وقيمتُه هالكا، ثم يقيم البينة على صدقِ دعواه إن قدَر.

(**وإن قال**: «**آجَرتُ فرسي أو ثوبي هذا فلانا، فرَكِبَه**) أي: الفرس، (**أو لَبِسَه**) أي: الثوب، (**ورَدَّه**) أي: رد الفرس أو الثوب (**عليّ**»)، وقال فلان: «بل هما لي»، (**أو** «**أعَرْتُه أو أسكَنْتُه داري، ثم رَدَّها**) أي: الدار (**عليّ**»: **صُدِّقَ**)، يعني: القول قول المقر في ذلك عند **الإمام** استحسانا؛ لأن اليد في الإجارة والإعارة تثبت ضرورة استيفاءِ المنافع، فيكون اليد عدمًا فيما عدا الضرورةَ، فالإقرارُ له باليد لا يكون مطلقا، بخلاف الوديعة والقرض؛ لأن اليد فيهما مقصودة، فيكون الإقرار بهما إقرارا لهما باليد.

(**وعندهما**)، وعند الأئمة الثلاثة[3]: (**القولُ**) مع يمينه (**للمأخوذ منه**)، وهو القياس؛ لأن المقر اعترف بيد المقر له، ثم ادعى عليه الاستحقاق، فيقبل إقراره له دون دعواه عليه، فيجب عليه الرد، ثم يقيم على صدق دعواه بينةً إن قدَر[١٢١/أ].

(**ولو قال**) لآخر: («**خاطَ ثوبي هذا بكذا، ثم قَبَضتُه منه**»، **وادَّعاه الآخَر**) أي: قال: «الثوب ثوبي»: (**فعلى هذا الخلاف**) أي: يُصدَّق القابض عند الإمام، لا عندهما (**في الصحيح**): احتراز

---

(١) «الاختيار» للموصلي (٢/١٣٤).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧١).

(٣) «نهاية المحتاج» لابن حجر الهيتمي (٥/٣٩٥)، و«الذخيرة» للقرافي (١٠/٣٨٨).

ولو قال: «اقتضَيْتُ من فلانٍ ألفًا كانت لي عليه» أو «أقرَضْتُه ألفًا، ثم أخَذتُها منه»، وأنكرَ فلان: فالقولُ له.

ولو قال: «زَرَعَ فلانٌ هذا الزرعَ...» أو «بَنَى هذه الدار...» أو «غرَسَ هذا الكرْم لي استَعَنتُ به فيه»، وادَّعى فلان ذلك: فالقولُ للمُقِرِّ.

باب إقرار المريض: ....

عن قول بعضهم: «إن القول قول المقر بالإجماع». وفي «الأسرار»: الاختلاف إذا لم تكن الدابة أو الثياب معروفةً للمقر، ولو كانت معروفة: كان القول قوله وفاقا.

(**ولو قال**) له: («**اقتضَيْتُ**») أي: قبضتُ (**من فلانٍ ألفًا كانت لي عليه» أو «أقرَضْتُه ألفًا، ثم أخَذتُها منه»، وأنكرَ فلان: فالقولُ له**)، فله أن يأخذها منه.

وهذا أظهر؛ لأن القابض قد أقرَّ بأنه مِلكُه، وأنه أخذه منه اقتضاء بحقه، وهو مضمون عليه؛ إذ الديون تقضى بأمثالها، فإذا أقرَّ بالاقتضاء: فقد أقرَّ بسبب الضمان، ثم ادعى عليه ما يُبرِئه من الضمان، وهو: تملُّكه عليه بما يدَّعيه من الدين مُقاصَّة، والآخر يُنكِره: فالقول للمنكر.

(**ولو قال: «زَرَعَ فلانٌ هذا الزرعَ ...» أو «بَنَى هذه الدار ...» أو «غرَسَ هذا الكرْم لي استَعَنتُ به**) أي: بفلان (**فيه**)» أي: في الزرع أو البناء أو الغرس، وذلك كله في يد المقر، (**وادَّعى فلان ذلك**) أي: قال: «الملك ملكي، وفعلتُ ذلك لنفسي، لا بالإعانة لك ولا بأجر منك كما زعمتَ»: (**فالقولُ للمُقِرِّ**)؛ لأنه ما أقرَّ له باليد، إنما أقرَّ بمجرد فعلٍ منه، وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر، وصار كما قال: «خاط لي الخيَّاطُ قميصي هذا بنصف درهم»، ولم يقل: «قبضته منه»: لم يكن إقرارا باليد، ويكون القول للمقر؛ لِما أنه أقرَّ بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر، كذا هذا.

ولو قال: «إن هذا اللبن ...»، أو «هذا السمن ...»، أو «هذا الجبن من بقرة فلان»، أو «هذا الصوف من غنمه»، أو «هذا التمر من نخلته»، وادعى فلان أنه له: أُمِر بالدفع إليه؛ لأن الإقرار بملك الشيء إقرار بما يتَوَلَّد منه؛ لأنه يملك بملك الأصل كما في «التبيين»[1].

(باب إقرار المريض)

أَفرَده في باب على حدة؛ لاختصاصه بأحكامٍ ليست للصحيح، وأخَّره؛ لأن المرض

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٣).

دينُ صحَّتِه وما لَزِمَه في مرضه بسببٍ معروفٍ: سواءٌ. ويُقدَّمان على ما أَقَرَّ به في مرضِه، والكلُّ مقدَّمٌ على الإرث.

بعد الصحة.

(**دينُ صحَّتِه**) أي: المريض، (**وما لَزِمَه**) أي: المريض (**في مرضه**) أي: في مرض الموت (**بسببٍ معروفٍ**) كبدل ما ملَكه بالاستقراض أو بالشراء، وعايَنَهما الشهودُ، أو أهلك مالا، أو تزوَّج بمهر مثلها وعايَنهما الناس: (**سواءٌ**)؛ لأنه لمَّا علم سببه: انتفى التهمة في الإقرار به، فصار كالدين الثابت بالبينة في مرضه، (**ويُقدَّمان**) أي: دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف (**على ما أَقَرَّ به في مرضِه**) ولو كان المقر به وديعة كما في «البحر»[1]، هذا عندنا.

وعند **الأئمة الثلاثة**: الدينان سواء؛ لأنه إقرار لا تهمة فيه؛ لأنه صادر عن عقل، والذمة قابلة للحقوق في الحالين[2].

ولنا: أن حق غُرماء الصحة تَعلَّق بمال المريض مرضَ الموت في أول مرضه؛ لأنه عجَز عن قضائه عن مال آخر، فالإقرار فيه صادَفَ حق غرماءِ الصحة، فكان محجورا عنه ومدفوعا به.

(**والكلُّ**) أي: كل واحد من دينِ الصحة ودينِ المرض بسبب معلوم، ودينِ المرض الثابت بمجرد الإقرار، فالكل إفراديٌّ؛ فإنه أكثر استعمالا كما في «القهستاني»[3] (**مقدَّمٌ على الإرث**) وإن أحاط الديونُ المذكورة جميعَ ماله.

والقياس: أن لا يَنفُذ إلا من الثلث لكن تُرِك بالأثر، وهو قول ابن عمر ﷺ: «إذا أقرَّ المريض بدين: جاز ذلك في جميع تركته»[4]، والأثرُ في مثله كالخبر؛ لأنه من المقدرات، فلا يترك بالقياس، فصار المقر له أولى من الورثة، ولأن حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته، وقضاءُ دينه من حوائجه الأصلية كتكفينه[١٢١/ب].

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٥٤/٧).

(٢) «فتح العزيز» للرافعي (٩٨/١١)، و«الكافي» للقرطبي (٨٨٧/٢)، و«الإنصاف» للمرداوي (١٤٣/١٢).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢٥٥/٢).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (١١١/٤): غريب. اهـ. وقال ابن حجر في «الدراية» (١٨٠/٢): لم أجده. اهـ. ولكن أخرج الإمام محمد في «الأصل» (٢٢٦/٨) عن ابن عمر ﷺ أنه قال: «إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث: فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله».

ولا يصحُّ تخصيصُه غريمًا بقضاءِ دَينِه ....

(ولا يصحُّ تخصيصُه) أي: المريض (غريمًا) من الغرماء (بقضاءِ دَينِه[١]) أي: ليس للمريض أن يقضي دينَ بعض الغرماء دون بعضٍ ولو إعطاءَ مهرٍ وإيفاءَ أجرةٍ؛ لأن فيه إبطال حق الباقين إلا إذا قضى ما استَقْرَض في مرضه أو نقَد ثمنَ ما اشترى فيه وقد عُلِم ذلك بالبينة، بخلاف ما إذا لم يُؤدِّ حتى مات؛ فإن البائع أسوة للغرماء إذا لم تكن العين في يده.

* وإذا أقرَّ بدين ثم بدينٍ: تحاصَّا؛ وصَل أو فصَل، ولو أقرَّ بدين ثم بوديعة: تحاصَّا، وعلى القلب الوديعةُ أولى.

* وإقراره ببيع عبده في صحته وقبضِ الثمن مع دعوى المشتري ذلك صحيحٌ في البيع دون قبض الثمن إلا بقدر الثلث، بخلاف إقراره بأن هذا العبد لفلان؛ فإنه كالدين.

* ولو أقرَّ بقبض دينه؛ إن كان دينَ الصحة: يصح مطلقا؛ سواء كان عليه دين الصحة أو لا، وإن كان دينَ المرض؛ إن كان عليه دين الصحة: لا يصح، وإلا: نفذ من الثلث، إلا في إقراره باستيفاء بدل الكتابة: فنافذ كما في «البحر»[٢].

* وإبراؤه مديونه وهو مديون: غير جائز إن كان أجنبيا، وإن كان وارثا: فلا يجوز مطلقا، وقولُه: «لم يكن لي على هذا المطلوب شيء» صحيحٌ قضاءً لا ديانةً كما في «التنوير»[٣].

وفي «المنح»:

* قالت فيه: «ليس لي على زوجي مهر»، أو قال فيه: «لم يكن لي على فلان شيء»: ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئا في القضاء، وفي الديانة لا يجوز هذا الإقرار.

* ولو أقرَّ الابن فيه أنه ليس له على والده شيء من تركة أمه: صحَّ، بخلاف ما لو أَبرَأه أو وهَبه، وكذا لو أقرَّ بقبض ماله منه[٤]، وتمامه فيه، فليطالع.

---

(١) وما قاله أبو المكارم من: «أن الظاهر تركُ الضمير» ليس بسديد؛ لأنه يرجع إلى الغريم؛ أي: لا يصح تخصيصه غريما بقضاء دين ذلك الغريم. (داماد، منه).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٥٤).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٢).

(٤) وفي نسختنا من منح الغفار سقط كبير لذلك لم نرى موضعه.

ولا إقرارُه لوارثِه إلا أن يُصدِّقه بقيَّةُ الوَرَثة. وإن أقرَّ لأجنبيٍ: صحَّ وإن أحاطَ بماله. وإن أقرَّ لأجنبيٍ، ثم أقرَّ أنه ابنُه: ثَبتَ نسبُه،........................

(ولا) يصح (إقرارُه) أي: المريض بدين أو عين (لوارثِه) عنده إقراره.

وعند الشافعي في القول الأصح: يصحُّ؛ لأنه إظهار حقٍ ثابتٍ؛ لترجُّح جانب الصدق فيه، فصار كالإقرار لأجنبي، وبوارث آخر، وبوديعة مستهلكة للوارث[١].

ولنا: قوله ﷺ: «لا وصية للوارث»[٢]، ولا إقرار له بالدين؛ لأنه ضرر لبقية الورثة.

(إلا أن يُصدِّقه) أي: المريض (بقيَّةُ الوَرَثة[٣])؛ لأن عدم الصحة كان لحقِّهم، فإذا صدَّقوه: فقد أقرُّوا بتقدُّمه عليهم، فيلزمهم.

* وكذا لو كان له دين على وارثه، فأقرَّ بقبضه: لا يصح إلا أن يُصدِّقه البقية.

* وكذا لو رجع فيما وهَبه منه في مرضه، أو قبَض ما غصبه منه ورهَنه عنده، أو استردَّ المبيع في البيع الفاسد.

* وكذا لا يجوز ذلك لعبدِ وارثِه ولا مكاتبِه؛ لأنه يقع لمولاه مِلكًا أو حقًّا، ولو صدرت هذه الأشياء منه للوارث وهو مريض، ثم برئ، ثم مات: جاز ذلك كله؛ لأنه لم يكن مرضَ الموت، فلم يتعلق به حق الورثة كما في «الاختيار»[٤].

وفي «التنوير»: أقرَّ فيه لوارثه: يُؤمَر في الحال بتسليمه إلى الوارث، فإذا مات: يَردُّه[٥].

وفي «القنية»: تصرفات المريض نافذة، وإنما تنقض بعد الموت.

(وإن أقرَّ) المريض (لأجنبيٍ: صحَّ)؛ لعدم التهمة (وإن[٦]) -وصلية- (أحاطَ) إقرارهُ؛ أي: استغرق (بماله)؛ لِما بيَّنَّا، (وإن أقرَّ) المريض (لأجنبيٍ، ثم أقرَّ أنه ابنُه: ثَبتَ نسبُه)؛ لأن

---

(١) «تحفة المحتاج» لابن حجر الهيتمي (٣٥٦/٥).

(٢) أخرجه الترمذي في «سننه» (٢١٢١)، وأبو داود في «سننه» (٢٨٧٠)، والنسائي في «سننه» (٣٦٤١)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (١٧٦٦٦/٢١٥/٢٩).

(٣) وفي «البحر» (٢٥٤/٧): ولو ادَّعى المقر له: أن الإقرار كان في الصحة، وكذَّبه بقية الورثة: فالقول لهم، ولو أقاما: فبينة المقر له أولى، وإن لم تكن له بينة: فله أن يحلف الورثة. (داماد، منه).

(٤) «الاختيار» للموصلي (١٣٧/٢).

(٥) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٢).

(٦) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ولَوْ».

وبَطَلَ إقراره. وإن أقَرَّ لأجنبيَّةٍ، ثم تَزوَّجَها: لا يَبطُل إقراره. ولو أَوصَى لها، ثم تَزوَّجَها: بَطَلت. ولو وَهَبَها، ثم تَزوَّجَها: فلا رجوعَ.

النسب من الحوائج الأصلية، ولا تهمة فيه، (**وبَطَلَ إقراره**)؛ لأن دعوة النسب تَستنِد إلى زمان العُلوق، فيظهر أن البنوة ثابتة زمانَ الإقرار، فبطَل.

إلا عند الشافعي في الأصح ومالكٍ: لا يبطل إذا لم يُتَّهم[(١)].

(**وإن أقَرَّ**) المريض (**لأجنبيَّةٍ**) أي: لامرأة أجنبية، (**ثم تَزوَّجَها: لا يَبطُل إقراره**) لها.

وقال زفر: يبطل؛ لأنها وارثة عند الموت، فتحصل التهمة.

ولنا: أنه أقرَّ وليس بينهما سبب التهمة، فلا يبطل بسببٍ يحدث بعده، ولهذا قال في «البحر» وغيره: والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الإقرار إلا إذا صار وارثا بسببٍ جديدٍ كالتزويج وعقدِ الموالاة[(٢)].

وفي «التنوير»: بخلاف إقراره لأخيه المحجوب إذا زال حجبه وصار غير محجوب: فإنه يبطل.

* أقرَّ فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرةٌ قد استوفيتها، وللمقر ابنٌ يُنكِر ذلك: صح إقراره؛ كما لو أقرَّ لامرأته في مرض موته بدين، ثم ماتت قبله، وترك وارثا، وقيل: لا يصح[(٣)][١٢٢/أ].

(**ولو أَوصَى لها**) أي: لأجنبية، (**ثم تَزوَّجَها: بَطَلت**) الوصية؛ لأنها تمليكٌ مضافٌ إلى ما بعد الموت وهي وارثة في هذا الوقت، فتبطل.

(**ولو وَهَبَها**) أي: لأجنبية شيئا، (**ثم تَزوَّجَها: فلا رجوعَ**).

هذا مخالف لعامة المتون والشروح حيث قالوا في هذا المحل: «إن الهبة المذكورة باطلة كالوصية؛ لأن الهبة في المرض وصية[(٤)]»، فعلى هذا لو قال: «ولو أوصى لها أو وهَبها، ثم تزوَّجها: بطلت»: لكان أخصر وأولى.

---

(١) «الشامل» لأبي البقاء (٧٢٣/٢)، و«المهذب» للشيرازي (٤٨٤/٣).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٥٤/٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٢/٥).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٢).

(٤) «بدائع الصنائع» للكاساني (٣٣٧/٧)، و«الاختيار» للموصلي (١٣٨/٢)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٥١٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٦/٥)، و«الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٤٠).

وإن أقَرَّ بغلامٍ مجهولِ النسبِ يُولَد مثلُه لمثلِه: «أنه ابنُه»، فصَدَّقَه الغلامُ: ثبَتَ نسبُه منه ولو مريضا، وشارَكَ الورَثةَ.

والعجب من المصنف قد نطَق بالحق في «كتاب الوصايا» حيث قال: «وتبطل هبة المريض ووصيته لأجنبية نكَحها بعدها»[1]، وغفل ههنا، إلا أن يقال: إنه يمكن الجواب عن طرف المصنف بأن المراد بقوله: «فلا رجوع» البطلانُ؛ لأنه إذا كانت الهبة باطلة: لا يجري عليها الرجوع، فذكَر عدم الرجوع، وأراد البطلان.

وفي «التنوير»: ولو أقرَّ لمن طلَّقها ثلاثا فيه -أي: في المرض-: فلها الأقل من الإرث والدين، هذا إذا طلَّقها بسؤالها، وإن طلَّقها بلا سؤالها: فلها الميراث بالغا ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها[2].

(**وإن أقَرَّ**) رجل (**بغلامٍ**) أي: ولدٍ -فيشمل: البنت- (**مجهولِ النسبِ**) في بلد هو فيها، وهو المراد من «مجهول النسب» في كل موضع على ما في «القنية»، لكن في أكثر الكتب: أن يُجهَل نسبُه في مولده، فإن عُرِف نسبه فيه: فهو معروف النسب[3]، (**يُولَد**) -صفة بعد صفة لـ«غلام»، أو حال منه- (**مثلُه**) أي: مثل هذا الغلام (**لمثلِه**) أي: لمثل هذا المريض بأن يكون الرجل أكبرَ منه باثنتي عشرة سنة ونصف، والمرأةُ أكبرَ منه بتسع سنين ونصف كما في «المضمرات»[4]: («**أنَّه**) أي: أن هذا الغلام (**ابنُه**)»، **فصَدَّقَه**[5]) أي: المقِرَّ (**الغلامُ**) إن كان الغلام مُعبِّرا؛ لأنه في يد نفسه، بخلاف الصغير؛ لأنه في يد غيره، فينزل منزلة البهيمة، فلم يُعتبَر هذا الشرط.

وعند **الأئمة الثلاثة**: بلا تصديقه أيضا يعتبر لو كان غير مكلف[6].

(**ثبَتَ نسبُه**) أي: الغلام (**منه**) أي: من المقر؛ لأن النسب من الحوائج الأصلية ولا تهمة فيه (**ولو**) كان المقر في حالة الإقرار (**مريضا، وشارَكَ**) الغلام (**الورَثةَ**) المعروفة في الميراث؛ لأنه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه.

---

(١) انظر الصفحة: (؟؟؟؟؟) في المجلد: (؟؟؟؟؟).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٢).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٨٠)، و«البناية» للعيني (١١/٣١)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٤).

(٤) «المضمرات» للكادوري (٣/٦٩).

(٥) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وصدَّقه».

(٦) «البيان» للعمراني (١٣/٤٧٥)، و«المعونة» للثعلبي (ص:١٢٥٧).

وصحَّ إقرارُ الرجل بالوالدَيْن والولدِ والزوجةِ والمولى، وشُرِطَ تصديقُ هؤلاء. وكذا إقرارُ المرأة، لكن شُرِطَ في إقرارها بالولد تصديقُ الزوجِ أيضا أو شهادةُ قابلةٍ. وصحَّ تصديقُهم بعد موتِ المُقِرِّ إلا تصديقَ الزوج بعد موتِها، ....

(**وصحَّ إقرارُ الرجل بالوالدَيْن والولدِ**) بالشروط المتقدمة في الابن؛ لأنه إقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير، (**والزوجةِ**) أي: صح إقراره بالزوجة بشرط خلوِّها عن زوج وعدَّتِه، وبشرط أن لا يكون تحت المقِر أختها ولا أربعٌ سواها، (**والمولى**) أي: صح إقراره بالمولى من جهة العتاقة إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غير المقِر، (**وشُرِطَ تصديقُ هؤلاء**)؛ لأن إقرار غيرهم لا يلزمهم؛ لأن كلا منهم في يد نفسه، إلا إذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه، أو عبدا له: فثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبدا لغيره: يُشترَط تصديق مولاه؛ لأنه الحق له.

(**وكذا**) يصحُّ (**إقرارُ المرأة**) بالوالدين والولد والزوج والمولى؛ لِما ذكرنا، (**لكن شُرِطَ في إقرارها**) أي: المرأة (**بالولد تصديقُ الزوجِ أيضا**) كما أن تصديق الولد شرطٌ؛ لأن الولد للفراش والحق له، فإذا صدَّقها: فقد أقرَّ به.

هذا إذا كان لها زوج أو كانت معتدَّة منه، وادَّعت أن الولد منه؛ لأن فيه تحميل النسب عليه، فلا يلزمه بقولها، أما إذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة، أو كان لها زوج وادَّعت أن الولد من غيره: صح إقرارها؛ لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها، فينفذ عليها.

(**أو شهادةُ قابلةٍ**[1]) بولادته منها؛ لأن قول القابلة حجة في تعيين الولد.

(**وصحَّ تصديقُهم بعد موتِ المُقِرِّ**)؛ لبقاء النسب بعد الموت (**إلا تصديقَ الزوج بعد موتِها**) أي: الزوجة؛ لأن تصديقه بعد موتها باطل عند الإمام؛ لأنه لما ماتت: زال النكاح بعلائقه في جانبه؛ إذ يجوز له أن يتزوَّج أختَها أو أربعا سواها، ولا يحل له أن يُغسِّلها عندنا، فالتصديق منه لا يفيد شيئا ولو باعتبار إرث؛ لأنه معدوم وقت الإقرار؛ لأن التصديق إذا صحَّ: يستند إلى وقت الإقرار، فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار إرثٍ سيحدث، بخلاف ما إذا أقرَّ بنكاح امرأة، ومات[١٢٢/ب]، فصدَّقته بعد موته؛ لأن علائق النكاح باقية بعد موته في جانبها، ولذا يحل لها أن تُغسِّله؛ لكونه مالكا لها، حتى يبقى ملكه إلى انقضاء العدة، فلها المهر والإرث منه وفاقا.

---

(١) وإنما خص «القابلة» بالذكر مع كفاية امرأة قابلة كانت أو غيرها؛ لأن ذكرها جارٍ مجرى العادة. (داماد، منه).

وعندهما: يصحُّ أيضا.

وإن أقرَّ بنسبٍ غيرِ الولادِ كأخٍ وعمٍّ: لا يَثبُت، ويَرِثه إن لم يكن له وارثٌ معروفٌ ولو بعيدًا. ومن ماتَ أبوه، فأقرَّ بأخٍ: شارَكَه في الإرث، ولا يَثبُت نسبُه.

ولو كان لأبيهما الميّتِ دينٌ على شخصٍ، فأقرَّ أحدهما بقبضِ أبيه نصفَه: فالنصفُ الباقي للآخَر، ولا شيءَ للمُقِرّ.

(وعندهما)، والأئمة الثلاثة[1]: (يصحُّ أيضا) أي: كما يصح تصديقهم بعد موت المقر؛ لبقاء النكاح بعد موتها في حق الإرث والإقرارُ قائم والتكذيبُ منه لم يوجد، فصح التصديق في هذه الحالة، فيثبت النكاح بتصادقهما، فيرث منها، ولهذا لو أقام البينة على النكاح بعد موتها: تُقبَل.

(وإن أقرَّ) رجل (بنسبٍ غيرِ الولادِ كأخٍ وعمٍّ: لا يَثبُت) النسب منه؛ لأن فيه حمل النسب على غيره، فلا يجوز إلا بإقامة البينة إلا في حق نفس المقر حتى يَلزمَه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادَقَا على ذلك الإقرار؛ لأن إقرارهما حجة عليهما، (ويَرِثه) أي: يرث هذا المقر له من ذلك المقر (إن لم يكن له) أي: للمقر (وارثٌ معروفٌ ولو) كان (بعيدًا)؛ لأنه مقر بشيئين: بالنسب؛ ففيه مقر على غيره، فلا يجوز، وباستحقاق مالِه؛ ففيه مقر على نفسه، فيقبل عند عدم المزاحم، وإن كان له وارث قريب أو بعيد: لا يرث المقر له من المقر.

(ومن ماتَ أبوه، فأقرَّ بأخٍ) وهو يصدقه: (شارَكَه في الإرث، ولا يَثبُت نسبُه)؛ لأن الميراث حقه، فيقبل فيه قوله، وأما النسب: ففي ثبوته تحميله على الغير، فلا يقبل فيه.

(ولو كان لأبيهما الميّتِ دينٌ على شخصٍ، فأقرَّ أحدهما بقبضِ أبيه نصفَه: فالنصفُ الباقي للآخَر، ولا شيءَ للمُقِرّ)، يعني: أن الأب مات وترك ابنين، وله على رجل مائة درهم -مثلا-، فأقرَّ أحدُ الابنين: «أن أباه قبض منه نصفه»، وكذَّبه الآخر: فلا شيء للمقر، وللمكذِّب نصفه؛ لأنه أقر بالدين على الميت، وكذَّبه أخوه، فينفذ في حقه خاصة، فوجب على الميت خمسون على زعمه، والدينُ مقدَّم على الميراث، فاستغرق نصيبه، وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين وإن تصادقا على أنه مشترك بينهما؛ لأنه لو رجع المقر على أخيه: لرجع أخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه، ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على خمسين مما أخَذه من أخيه المكذِّب؛ لأن الوارث لا يأخذ شيئا إلا بعد قضاء الدين؛

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٣/٤٨٦)، و«الإقناع» لأبي نجا (٤/٤٦٠).

....

فيؤدي إلى الدور.

وقال صاحب «الدرر» في «غرره»:

* حرَّةٌ أقرَّت بدينٍ لآخر، فكذَّبها زوجها: صح في حق زوجها عند **الإمام** حتى تحبس وتلازم، **وعندهما**: لا.

* مجهولة النسب أقرَّت بالرق لإنسان ولها زوجٌ وأولادٌ منه، وكذَّبها الزوج: صحَّ في حق المرأة، لا في حق الزوج وحقِّ الأولاد حتى لا يبطل النكاح.

* وأولادٌ حصَلت قبل الإقرار وما في بطنها وقت الإقرار[1] أحرارٌ.

* مجهولُ النسب حرَّر عبده، ثم أقرَّ بالرق لإنسان، وصدَّقه المقَر له: صح إقراره في حقه حتى صار رقيقا له دون إبطال العتق حتى بقي معتَقه حرا، فإن مات العتيق: يرثه وارثه إن كان له وارث، وإلا: فالمقَر له، فإن مات المقر ثم العتيق: فإرثه لعصبة المقِر[2].

** ** **

---

(١) وإنما قيد بقوله: «قبل الإقرار وما في بطنها وقته»؛ لأن الولد لو علق بعد الإقرار يكون رقيقا عند أبي يوسف، وحرا عند محمد. (داماد، منه).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٦٩-٣٧٠).

كتاب الصلح: هو: «عقدٌ يَرفَع النزاعَ». ويجوز مع إقرارٍ وسكوتٍ.......

(كتاب الصلح)

وجهُ المناسبة في إيراده بعد «الإقرار»: أن إنكار المقِرّ سبب للخصومة، وهي تستدعي الصلح.

* هو لغة: اسمٌ بمعنى «المصالحة»، وهي: المسالمة، خلاف المخاصمة، وأصله من «الصلاح» ضد «الفساد».

* وفي الشرع:

(هو) أي: الصلح («عقدٌ يَرفَع النزاعَ») من الطرفين.

وسببُه: تعلُّق البقاء المقدور بتَعاطِيه.

وركنُه: الإيجاب والقبول الموضوعان له كما في «الدرر»[1].

وفي «العناية»: الإيجاب مطلقا، والقبول فيما يتعين بالتعيين، وقال: وأما إذا وقَع الدعوى في الدراهم، وطلَب الصلح على ذلك الجنس: فقد تمَّ الصلح بقول المدَّعي: «فعلت»، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدَّعى عليه[2].

وشرطُه: العقل لا البلوغ، والحرية.

وصحَّ من صبي مأذون إن عُرِيَ عن ضرر بيّنٍ، ومن عبدٍ مأذون ومكاتبٍ.

وشُرِط أيضا كونُ المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج إلى قبضه، وكونُ المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه، ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير؛ معلوما كان المصالح عنه أو مجهولا: لا يصح الصلح لو كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة، وحدِّ القذف، والكفالةِ بالنفس.

وحكمه: وقوع البراءة عن الدعوى كما في «المنح» و«البحر»[3].

(ويجوز) الصلح (مع إقرارٍ) من المدَّعى عليه (وسكوتٍ) منه بأن لا يُقِر ولا يُنكِر

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٩٥).

(٢) «العناية» للبابرتي (٨/٤٠٣).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٥٥)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٧٩/أ).

وإنكارٍ. فالأول كالبيع إن وَقَعَ عن مالٍ بمالٍ. فتَثبت فيه الشفعةُ والردُّ بالعيب وخيارُ الرؤية والشرطِ. ....

(وإنكارٍ[١])، وكل ذلك جائز عندنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨]، عرَّفه باللام، فالظاهر: العموم[١٢٢/أ]، ولقوله ﷺ: «**الصلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحلَّ حراما وحرَّم حلالا**»[٢].

وقال **الشافعي**: لا يجوز مع الإنكار والسكوت؛ لأنهما صلحٌ أحلَّ حراما؛ لأنه أخَذ المال بغير حق في زعم المدَّعي، فكان رشوةً[٣].

ولنا: ما تلَوْنا وأولُ ما رَوَينا، وتأويل آخره: أحلَّ حراما لعينه كالخمر، أو حرَّم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرَّة، وفي «العناية» تفصيل[٤]، فليراجع.

[الصلح بالإقرار]

(**فالأول**) أي: الصلح بالإقرار (**كالبيع**) في أحكامه (**إن وَقَعَ عن مالٍ بمالٍ**)؛ لوجود معنى البيع، وهو: مبادلة المال بالمال بالتراضي من غير جنسه.

ثم فرَّعه بقوله:

(**فتَثبت فيه الشفعةُ**) أي: تثبت الشفعة في الصلح عن عقار أو على عقار كما تثبت في المبيع، فللشفيع حق المطالبة في كلٍّ منهما، (**والردُّ بالعيب**) بأن كان بدلُ الصلح عبدا -مثلا-، فوجد المدَّعي فيه عيبا: له أن يردَّه، (**وخيارُ الرؤية**) بأن لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح، ثم رآه: له الخيار فيه، (**والشرطِ**) بأن يُصالِح على شيء، فشرَط أحدُهما الخيار لنفسه؛ لأنه من أحكام البيع.

---

(١) **قال الإمام**: أجوز ما يكون الصلح عن إنكار، وعن أبي منصور الماتريدي: أن الشيطان لم يعمل في إيقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما عمل من إبطال الصلح على الإنكار كما في «القهستاني» (٢٧٧/٢) نقلا عن «النهاية» (٢٣٦/٢/ب). (داماد، منه).

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٥٩٤)، وابن ماجه في «سننه» (٢٣٥٣)، وابن حبان في «صحيحه» (٥٠٩١/٤٨٨/١١)، والحاكم في «المستدرك» (٧٠٥٩/١١٣/٤) بتمامه، وأخرج أحمد بن حنبل في «مسنده» (٨٧٨٤/٣٨٩/١٤) وغيره طرفه الأول فقط.

(٣) «أسنى المطالب» للسنيكي (٢١٥/٢).

(٤) «العناية» للبابرتي (٤٠٧/٨).

وتُفسِده جهالةُ البدل، لا جهالةُ المُصالَح عنه. وتُشترَط القدرةُ على تسليم البدل.

وإن استُحِقَّ بعضُ المُصالَح عنه أو كلُّه: رَجَعَ بكلِّ البدل أو بعضِه. وإن استُحِقَّ بعضُ البدل أو كلُّه: رَجَعَ بكلِّ المُصالَح عنه أو بعضِه.

وإن وَقَعَ عن مالٍ بمنفعةٍ: اعتُبِر إجارةً. ....

(**وتُفسِده**[1]) أي: الصلحَ (**جهالةُ البدل**) أي: الذي وقع عليه الصلح؛ لأنه بيعٌ، فصار كجهالة الثمن، (**لا**) تُفسِده (**جهالةُ المُصالَح عنه**)؛ لأنه يَسقط، وجهالةُ الساقط لا تُفضِي إلى المنازعة.

خلافا للشافعي[2]، وفي «العناية» تفصيل[3]، فليطالع.

(**وتُشترَط القدرةُ على تسليم البدل**)؛ لأن القدرة عليه شرطٌ في صحة الصلح ككون معلوميَّة البدل شرطا في الصحة.

(**وإن استُحِقَّ**) في صلح مع إقرار (**بعضُ المُصالَح عنه أو**) استُحِقَّ (**كلُّه: رَجَعَ**) المدَّعى عليه على المدَّعي (**بكلِّ البدل أو بعضِه**).

صورته: ادَّعى زيد دارا -مثلا- في يد عمرو، فأقرَّ عمرٌو وصالَح زيدا على مائة درهم، فصارت المائة في يد زيد والدار في يد عمرو، ثم استُحِقَّ نصف الدار -مثلا- أو كلُّها: يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما في الأولى، وبمائة درهم في الثانية.

وفي تحرير المصنف من اللفِّ والنشر الغيرِ المرتَّب، وأما تصوير صاحب «الدرر» في هذا المحل لا يُوافِق متنه[4]، بل الصواب ما صوَّرْناه، تتبَّعْ.

(**وإن استُحِقَّ بعضُ البدل أو كلُّه: رَجَعَ**) المدَّعي -وهو زيدٌ- على المدَّعى عليه -وهو عمرٌو- (**بكلِّ المُصالَح عنه أو بعضِه**)؛ لأن كل واحد منهما عوضٌ عن الآخر، فأيهما أُخِذ منه بالاستحقاق رجع بما دفَع، إن كلاًّ: فبالكل، وإن بعضًا فبالبعض.

(**وإن وَقَعَ**) الصلح عن إقرار (**عن مالٍ بمنفعةٍ: اعتُبِر**) هذا الصلح (**إجارةً**).

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ويفسده».

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٧/٣٠٠).

(٣) «العناية» للبابرتي (٨/٤٠٩).

(٤) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٩٧).

فيُشترَط فيه التوقيتُ، ويَبطُل بموتِ أحدِهما.

والأَخيران معاوضةٌ في حقِّ المدَّعي، وفداءُ اليمين وقطعُ المنازعة في حقِّ الآخَر. ..

صورته: ادَّعى على رجل شيئا، فاعترف به، ثم صالحه على سكنى داره سنةً، أو على ركوب دابَّتِه معلومة، أو على لبس ثوبه أو خدمة عبده أو زراعة أرضه مدةً معلومة: فيكون معنى الإجارة؛ لأن العبرة للمعاني، والإجارةُ تمليك المنفعة، وهذا الصلح كذلك.

ثم فرعه بقوله:

(**فيُشترَط فيه التوقيتُ**)، لكن هذا في الأجير الخاصِّ بأن ادعى شيئا، فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة، وفيما عدا ذلك لا يشترط التوقيت كما إذا صالحه على صَبْغ الثوب، أو ركوب الدابة، أو حملِ الطعام إلى موضع كما في «التبيين»[1].

(**ويَبطُل**) الصلح (**بموتِ أحدِهما**) أي: أحد المتصالحَيْن؛ لأنهما كالمُؤجِّر والمستأجر.

وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء، فيعود إلى الدعوى، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة: بطل بقدر ما بقي، فيرجع في دعواه بقدره.

وهذا قول محمد، وهو القياس؛ لأنه إجارة، وهي تبطل بواحد من هذه الأشياء.

وقال أبو يوسف: لا يبطل الصلح بموت المدَّعى عليه، بل المدَّعي يستوفي المنفعة على حاله، وإن مات المدَّعي: فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار، والوارثُ يقوم مقامه، ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة.

[الصلح عن السكوت والإنكار]

(**والأَخيران**) أي: الصلح عن سكوت وإنكار (**معاوضةٌ**[2] **في حقِّ المدَّعي**)؛ لأنه يزعم أن ما أخذه كان عوضا عما يدَّعيه، (**وفداءُ اليمين وقطعُ المنازعة في حقِّ الآخَر**) أي المدَّعى عليه؛ لأنه يزعم أن المدَّعي مُفترٍ ومبطلٌ في دعواه، وإنما دفع المال إليه لئلا يُحلَّف ولتُقطَع الخصومة.

ويجوز أن يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح؛ موجَبه الحِلُّ

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٣٢).

(٢) هذا في الإنكار ظاهر، فأما في السكوت: فإنه يحتمل الإقرار والإنكار، فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك. (داماد، منه).

فلا شفعةَ في دارٍ صُولِح عنها مع أحدهما، وتجب في دارٍ صُولِح عليها.

وما استُحِقّ من المدَّعَى بعضًا أو كلًّا: يَرُدُّ المدَّعي حِصَّتَه من البدل، ويَرجِع بالخصومة فيه. وما استُحِقّ من البدل بعضًا أو كلًّا: رَجَعَ المدَّعي إلى دعواه في قدره.

في المتناكحين، والحرمةُ في أصولهما، فيؤخذ كل واحد منهما بما يزعم[١٢٣/ب].

ثم فرَّعه بقوله:

(**فلا شفعةَ في دارٍ صُولِح عنها**) أي: الدارِ (**مع أحدهما**) أي: مع سكوتٍ أو إنكارٍ.

صورته: ادعى رجل على آخر داره، فسكت الآخر أو أنكر، فصالح عنها بدفع شيء آخر: لم تجب الشفعة؛ لأن المدَّعى عليه يأخذها على أصل حقه، ويُعطِي المال؛ دفعا للخصومة، لا أنه يشتريها، ولا يلزمه زعم المدَّعي؛ لأن المرء لا يؤخذ إلا بزعمه.

(**وتجب**) الشفعة (**في دارٍ صُولِح عليها**) أي: على الدار فيما ادعى مالا على آخر، فسكت أو أنكر، فصالَح بدفع الدار بدلَه؛ لأن المدَّعي يأخذها عوضا عن ماله، فيؤخذ بزعمه.

(**وما استُحِقّ من المدَّعَى بعضًا أو كلًّا**[(١)]) في صورة الصلح مع سكوت أو إنكار: (**يَرُدُّ المدَّعي**) على المدَّعى عليه فيها (**حِصَّتَه**) أي: ما استُحِقّ (**من البدل**)؛ لأن المدَّعى عليه قد بذَل العوضَ لدفع خصومة المدَّعي، فبالاستحقاق ظهَر عدم خصومة المدَّعي مع المدَّعى عليه، فيَردُّ ما أخَذه في مقابلة الخصومة على المدَّعى عليه، (**ويَرجِع**) المدَّعي (**بالخصومة**) مع المستحق (**فيه**[(٢)]) أي: فيما استحقَّه بعضا كان أو كلا.

(**وما استُحِقّ من البدل بعضًا أو كلًّا: رَجَعَ**[(٣)] **المدَّعي إلى دعواه في قدره**) أي: في قدر البدل؛ أي: رجع المدَّعي إلى الدعوى في الكل إن استحق الكل، وفي قدر المستحَق إن استحقَّ البعض؛ لأن المدَّعي لم يترك الدعوى إلا ليُسلَّم له البدل، فإذا لم يُسلَّم له: رجع بالبدل، بخلاف ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما: «بعتُك هذا الشيء بهذا»،

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «كلا أو بعضا».

(٢) توضيحه: زيدٌ أدعى دارا في يد عمرو، فأنكر عمرو أو سكت، ثم صالح على مائة، فصارت المائةُ في يد زيد والدارُ في عمرو، ثم استحق كل الدار أو نصفها: فإن زيدا يَردُّ المائة إلى عمرو ويرجع بالخصومة في الدار إلى المستحق في الأولى، ويَردُّ الخمسين ويرجع إلى المستحق بالخصومة في النصف الباقي في الثانية. (داماد، منه).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يرجع».

وهلاكُ البدلِ قبْلَ التسليمِ كاستحقاقِه في الفصلَيْن.

ولو صالَحَ على بعضِ دارٍ يدَّعِيها: لا يصحُّ. وحِيلتُه: أن يَزِيد في البدل شيئًا أو يُبرَأ عن دعوى الباقي.

فصل: يجوزُ الصلحُ عن مجهولٍ، ولا يجوز إلا على معلومٍ.

وقال الآخر: «اشتريت»: حيث يرجع المشتري عند الاستحقاق على المدَّعى عليه بالمدَّعى نفسه لا بالدعوى كما في «التبيين»[1].

(**وهلاكُ البدلِ**) أي: بدل الصلح (**قبْلَ التسليمِ**) إلى المدَّعي (**كاستحقاقِه**) أي: كاستحقاق بدل الصلح، فيَبطل به؛ لأن هلاك البدل في البيع يُبطِل البيع، فكذا هذا.

هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين، فإن لم يكن كالنقدين: لا يبطل بهلاكه.

(**في الفصلَيْن**) أي: في فصل الإقرار، وفي فصل الإنكار والسكوت، ففي الإقرار يرجع بكله أو بعضه، وفي الإنكار يرجع بالدعوى.

(**ولو صالَحَ على بعضِ دارٍ يدَّعِيها**)، يعني: إذا ادَّعى رجلٌ على آخر دارا، فصالَحه على قطعة معلومة منها: (**لا يصحُّ**) الصلح، وهو على دعواه في الباقي؛ لأن البعض لا يصلح عوضا عن الكل؛ للزوم أن يكون الشيء عوضا عن نفسه؛ إذ البعض داخل في ضمن الكل، ولأن ما قبَضه من عين حقه، فيكون على طلبه في باقي الدار؛ إذ الإسقاط لا يقع عن الأعيان لكونه مخصوصا بالديون.

(**وحِيلتُه**) أي: حيلة جواز هذا الصلح: (**أن يَزِيد**) المدَّعى عليه (**في البدل شيئًا**)، فيصير الزائد عوضا عن الباقي، (**أو يُبرَأ**) -بضم أوله وفتح ثالثه-؛ أي: يُبرَأ المدَّعى عليه، أو -بضم أوله وكسر ثالثه-؛ أي: يُبرِئَ المدَّعي المدَّعى عليه (**عن دعوى الباقي**) بأن يقول المدَّعي: «أبرأتك ...» أو «برئت من دعوى هذه الدار»؛ لأن الإبراء عن دعوى العين جائز كما في «الشمني»[2].

(فصل)

[فيما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز]

(**يجوزُ الصلحُ عن مجهولٍ**)؛ لأنه إسقاط، (**ولا يجوز إلا على معلومٍ**)؛ لأنه تمليك،

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٣٤).

(٢) لم نجده في النسخة التي بين أيدينا للشمني، لأن كتاب الصلح ساقط فيه.

فيجوزُ عن دعوى المال، والمنفعةِ،........................

فيؤدي إلى المنازعة.

والصلح على أربعة أوجه:

* (١) **معلوم على معلوم**، (٢) **ومجهول على معلوم، وهما جائزان.**

* (٣) **ومجهول على مجهول**، (٤) **ومعلوم على مجهول، وهما فاسدان.**

فالحاصل: أن كل ما يحتاج إلى قبضه: لا بد أن يكون معلوما؛ لأن جهالته تُفضِي إلى المنازعة، وما لا يحتاج إلى قبضه: يكون إسقاطا، فلا يحتاج إلى علمه به؛ فإنه لا يُفضِي إلى المنازعة، وتمامُه في «العناية» وغيرها[١]، فليطالع.

(**فيجوزُ**[٢]) الصلح (**عن دعوى المال**)؛ لوجود معنى البيع، فما جاز بيعه: جاز صلحه مطلقا؛ سواء كان عن إقرار أو سكوت وإنكار، (**و**) عن دعوى (**المنفعةِ**) كأن يدعي في دارٍ سكنى سنة وصيَّةً من صاحبها، فجحَد الوارث أو أقرَّ، فصالَحه على مال أو منفعة: جاز؛ لأن أَخْذ العوض عنها بالإجارة جاز، فكذا الصلح، لكن إنما يجوز عن المنفعة على المنفعة إذا كانتا مختلفتَيِ الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد -مثلا-، وأما إذا اتَّحد جنسهما كما إذا صالح عن السكنى على السكنى -مثلا-: فلا يجوز كما في «الدرر» وغيره[٣][٤].

وإنما احْتِيج إلى هذا التصوير؛ لأن الرواية محفوظة على أنه: لو ادعى استئجار عينٍ والمالكُ ينكر، ثم صالَح: لم يجز كما في «السراج» وغيره[٥].

لكن في «البحر»: أن الصلحَ عن دعوى المال مطلقا والمنفعةِ جائز كصلح المستأجِر مع المُؤجِّر عند إنكاره الإجارةَ أو مقدارَ المدة المدَّعى بها أو الأجرةَ، وكذا الورثة إذا

---

(١) «العناية» للبابرتي (٨/٤٠٩)، و«الاختيار» للموصلي (٣/٦).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ويجوز».

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٩٨)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٣٥).

(٤) قال «القهستاني» (٢/٢٧٨) نقلا عن «المضمرات» (٣/٢٨٤): ولو أوصى بسكنى داره لرجل، ثم مات، فادعى الموصى له السكنى، فصالحه من السكنى على سكنى دار أخرى، أو دراهم مسماة: جاز؛ كما لو أوصى بخدمة عبده منه وهو خارج من الثلث، فصالحه الوارث على الخدمة على الدراهم، أو على خدمة آخر، أو على ركوب دابة أو لبس ثوب شهرا، انتهى، هذا مخالف لما في «الدرر» (٢/٣٩٧) وغيره إلا أن يحمل على الروايتين، تدبَّر. (**داماد، منه**).

(٥) «السراج الوهاج» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢٨٣/ب)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٩٨).

والجنايةِ في النفس وما دونها عمدًا أو خطأً، وعن دعوى الرقِّ وكان عِتقًا بمالٍ ولا وَلاءَ عليه، ودعوى الزوجِ النكاحَ وكان خُلْعًا ويَحرُم عليه ديانةً إن كان مُبطِلًا.

صالَحوا الموصى له بالخدمة على مالٍ مطلقا والمنافعِ إن اختلف جنسها: فإنه يجوز، لا إن اتَّحد[١]، انتهى [١٢٤/أ].

(و) يصحُّ الصلح عن دعوى (الجنايةِ في النفس) من القتل، (و) في (ما دونها) من نحو شَجِّ الرأس وقطعِ اليد؛ (عمدًا) كانت الجناية، (أو خطأً).

أما العمد: فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية؛ أي: من أُعطِي له بدلَ أخيه المقتول شيء بطريق الصلح.

وأما الخطأ: فلأن موجَبه المال، فالصلحُ كان عن المال، لكنه لا تصح الزيادة على قدر الدية والأَرش على أخذ مقادير الدية للربا، إلا إذا قضى القاضي بأخذ مقاديرها، فصالَح على جنس آخر منها بزيادة: جاز، بخلاف الصلح عن القَوَد حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية، وكذا على الأقل؛ لأنه لا موجب له في المال، ولو وقع الصلح على غير مقاديرها: جاز كيف ما كان؛ لعدم الربا، لكن يشترط القبض في المجلس؛ ليخرج عن أن يكون دينا بدين.

(و) يصح الصلح أيضا (عن دعوى الرقِّ) كما إذا ادَّعى على مجهول النسب أنه عبده، ثم تَصالَحا على شيء معيَّن، (وكان عِتقًا بمالٍ) في حق المدَّعي وفي حق الآخر لدفع الخصومة؛ لأنه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار: فصح، (ولا وَلاءَ) له (عليه)؛ لإنكار العبد إلا أن يقيم المدَّعي البينةَ بعد ذلك: فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه، لا غير.

هذا إذا أنكر العبد الرقَّ، أما إذا صالحه بإقراره: فيثبت الولاء.

(و) صح الصلح عن (دعوى الزوجِ النكاحَ وكان خُلْعًا) مطلقا في زعمهما؛ إن كان بإقرار: فتجب عليها العدة، وإن لم يكن بإقرار: يكون خلعا في زعمه ودفعا في زعمها، ولا تلزم العدة عليها قضاء، فإن أقام على التزويج بينةً بعد الصلح: لم تقبل، (ويَحرُم) أخذ المال (عليه) أي: على المدَّعي (ديانةً إن كان مُبطِلًا) في دعواه. وهذا عامٌّ في جميع أنواع الصلح إلا أن يُسلِّمه بطيب نفسه، فيكون تمليكا على طريق الهبة كما في «العناية»[٢].

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٥٦/٧).

(٢) «العناية» للبابرتي (٤١٩/٨).

ولو صالَحَها بمالٍ لتُقِرَّ له بالنكاح: جازَ. ولا يجوز إن ادَّعَته المرأةُ، وقيل: يجوز. ولا عن دعوى الحدِّ.

وإن قَتَلَ عبدٌ مأذونٌ رجلًا عمدًا، وصالَحَ عن نفسه: لا يجوز، بخلاف صُلحِه ....

(**ولو صالَحَها بمالٍ لتُقِرَّ له بالنكاح: جازَ**)، وتُجعَل زيادة في المهر؛ لأنها تزعم أنها زوَّجت نفسها منه ابتداء بالمسمى، وهو يزعم أنه زاد في مهرها، (**ولا يجوز إن ادَّعَته**) أي: النكاحَ (**المرأةُ**).

هكذا في بعض نسخ «القدوري»، وهو الصحيح، صرَّح به الزاهدي[1]، ولذلك اختار المصنف.

وجهُه: أنه بذَل لها المال لتترك الدعوى؛ فإن جُعِل ترك الدعوى منها فرقة: فالزوج لا يُعطي العوضَ في الفرقة، وإن لم يجعل: فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، فلا شيء يقابله العوض، فلم يصح.

(**وقيل: يجوز**)، وجهُه: أن يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها.

(**ولا**) يصح الصلح (**عن دعوى الحدِّ**) من الحدود، فلو أخَذ زانيًا أو سارقًا أو شاربَ خمرٍ، فصالَحه على مالٍ أن لا يرفعه إليه: بطل الصلح، فله أن يرجع بما دفَع.

وكذا إذا أخذ قاذفَ المحصن أو المحصنة، فصالَحه؛ لأن الحدود حق الله تعالى، لا حق المرافع، والاعتياضُ عن حق الغير لا يجوز كصلح واحد عن حق العامة[2]؛ كما إذا صالَحه عما أشرعه إلى الطريق، نعم للإمام ذلك إذا كان فيه صلاح المسلمين، ويضع ذلك في بيت المال.

(**وإن قَتَلَ عبدٌ مأذونٌ رجلًا عمدًا، وصالَحَ عن نفسه: لا يجوز**)؛ لأن رقبته ليست من تجارته، ولذا لا يملك التصرف فيها بيعا، فلا يملك استخلاصا بمال المولى، إلا أن ولي القتل لا يقبله بعد الصلح؛ لأنه عفا عنه ببدله، ولا يجب عليه البدل للحال، ويتأخر إلى ما بعد العتق، بخلاف المكاتب حيث يجوز أن يصالح عن نفسه، (**بخلاف صُلحِه**) أي:

---

(١) «مختصر القدوري» (٦/١٨٧)، و«شرح مختصر القدوري» للزاهدي (٢٠١/أ).

(٢) وإنما قلنا: «عن حق العامة»؛ لأنه إذا كان عن حق الخاصة كطريق غير نافذ، فصالَحه رجل من أهل الطريق: يجوز في حقه. (داماد، منه).

عن نفسِ عبدٍ له قَتَلَ رجلًا عمدًا.

وإن صالَحَ عن مغصوبٍ تَلِفَ بأكثرَ من قيمتِه: جاز، وقالا: يَبطُل الفضلُ إن كان مما لا يُتغابَن فيه، وإن بعَرْضٍ: صحَّ مطلقا اتفاقا.

المأذون (**عن نفسِ عبدٍ له**) أي: للمأذون (**قَتَلَ رجلًا عمدًا**): جاز صلحه؛ لأن تصرُّفه في عبده من باب التجارة، فيملك التصرف بيعا واستخلاصا.

(**وإن صالَحَ**) الغاصبُ (**عن مغصوبٍ تَلِفَ بأكثرَ من قيمتِه**) أي: قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة: (**جاز**[1])، يعني: أن من غصب ثوبا أو عبدا قِيمتُه ألف، واستهلكه، فصالَحه على ألفين: جاز عند الإمام.

(**وقالا: يَبطُل الفضلُ**) من قيمته (**إن كان مما لا يُتغابَن**) الناس (**فيه**)؛ لأن حقه في القيمة، والزائدُ عليها ربا.

وله: أن حقه في الهالك باقٍ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء، فإذا تَراضيَا على الأكثر: كان اعتياضا، فلا يكون ربا.

(**وإن**) صالَحَ عنه (**بعَرْضٍ: صحَّ مطلقا**) أي: سواء كانت قيمته أكثر من قيمة المغصوب أو لا (**اتفاقا**)؛ لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس.

وإنما قلنا: «قبل القضاء»؛ لأنه إذا قضى القاضي بالقيمة، ثم صالحا بأكثر من قيمته: لا يجوز إجماعا كما في أكثر المعتبرات[2].

فعلى هذا لو قيَّد كما قيَّدنا: لكان أولى.

قيَّد بـ«كون الصلح على أكثر من قيمته بعد الاستهلاك»؛ إذ لو كان قبله: يجوز اتفاقا، وكذا لو صالحه بغير جنسه: يجوز اتفاقا، وكذا لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا، وقبَضه قبل الافتراق: جاز بالإجماع كما في «العناية»[3][١٢٤/ب].

---

(١) وفي «البحر» (٢٥٨/٧): ولا تقبل بينة الغاصب بعد الصلح على أن قيمته أقل مما صالح عليه، ولا رجوع للغاصب لو تَصادقَا بعده على أنها أقل. (داماد، منه).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (٥٦/٢١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٣٨/٥)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٣٩٩/٢).

(٣) «العناية» للبابرتي (٤٢٠/٨).

وإن أَعتَقَ مُوسِرٌ عبدًا مشترَكًا، فصالَحَ عن باقِيه بأكثرَ من نصفِ قيمتِه: بَطَلَ الفضل، وإن بعَرْضٍ: صحَّ.

ويجوز صلحُ المدَّعِي بمالٍ يَدفَعه إلى المُنكِرِ لِيُقِرَّ له.

وبدلُ الصلحِ عن دمِ عمدٍ أو على بعضِ دينٍ يدَّعِيه: يَلزَم المُوكِّلَ، لا الوكيلَ إلا إنْ ضَمِنَه. ....

(**وإن أَعتَقَ مُوسِرٌ عبدًا مشترَكًا**) بينه وبين آخر، (**فصالَحَ**[1]) الشريك (**عن باقِيه بأكثرَ من نصفِ قيمتِه**) أي: العبدِ: (**بَطَلَ الفضل**) بالاتفاق.

أما عندهما: فظاهر، والفرق للإمام: أن القيمة في العتق منصوص عليه، وتقديرُ الشرع لا يكون دون تقدير القاضي، فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما تقدم؛ لأنها غير منصوص عليها.

(**وإن**) صالَحَه (**بعَرْضٍ: صحَّ**) كيف ما كان؛ لِما مرَّ: أنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس.

قيَّد المعتق بقوله: «موسرا»؛ إذ لو كان معسرا: لا تلزم عليه قيمة نصيب شريكه، بل تلزم على العبد سِعايته كما مرَّ.

(**ويجوز صلحُ المدَّعِي بمالٍ يَدفَعه إلى المُنكِرِ لِيُقِرَّ له**) بالعين.

صورته: رجل ادَّعى عينا على رجل في يده، فأنكره، فصالَحه على مال ليعترف له بالعين: فإنه يجوز، ويكون في حق المنكر كالبيع، وفي حق المدَّعي كالزيادة في الثمن كما في «الاختيار»[2].

(**وبدلُ الصلحِ عن دمِ عمدٍ أو على بعضِ دينٍ يدَّعِيه**) على آخر من المَكيلات والموزونات: (**يَلزَم**) أي: البدل (**المُوكِّلَ، لا الوكيلَ**)؛ لأن الصلح عن القَوَد معاوَضة بإسقاط الحق، والصلحُ على بعض الدين إسقاطٌ محضٌ، فالوكيل فيه سفير ومعبِّر، فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح كما مر في الوكالة، (**إلا إنْ ضَمِنَه**) أي: الوكيل البدلَ: فإنه حينئذ يكون مؤاخذا بعقد الضمان لا بعقد الصلح.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وصالح».

(٢) «الاختيار» للموصلي (٣/٨).

وبدلُ ما هو كبيعٍ يَلزَم الوكيلَ.

وإن صالَحَ فضوليٌّ؛ وضَمِنَ البدلَ، أو أضافَ إلى ماله، أو أشارَ إلى عَرْضٍ أو نقدٍ بلا إضافةٍ، أو أَطلَقَ وسَلَّمَ: صحَّ، ....

والاستثناء منقطع.

(**وبدلُ ما**) أي: بدل صلح (**هو كبيعٍ**) بأن كان الصلح عن مال بمال مع إقرار (**يَلزَم**) البدلُ (**الوكيلَ**) لا الموكلَ؛ لأن الوكيل في المعاوضة الماليَّة أصيل، وفي المعاوضة الإسقاطية سفير.

قيَّدنا: «مع إقرار»؛ لأنه إذا كان الصلح مع إنكار: لا يجب البدل على الوكيل مطلقا كما في «البحر»[1].

وما في «الإصلاح» من: «أن كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط، كيف والصلح عن فرس بفرس جائز»[2] مخالفٌ لِما ذكَر في أول الكتاب، وهو قوله: «صح مع إقرار كبيع إن وقع عن مال بمال من غير جنسه»، ثم قال في تعليله: «لأنه إذا كان من جنسه: فهو حط وإبراء، أو قبض واستيفاء، أو أفضل وربا»، تدبَّرْ[3].

(**وإن صالَحَ فضوليٌّ**) أي: صالَح رجل عن رجل آخر بلا أمرٍ، (**وضَمِنَ**) الفضولي (**البدلَ، أو أضافَ إلى ماله**) أي: إلى مال نفسه بأن قال: «صالحتُك على ألفي هذه»، أو «... على عبدي هذا»، (**أو أشارَ إلى عَرْضٍ أو نقدٍ بلا إضافةٍ**) بأن قال: «صالحتُك على هذا العبد»، أو «... على هذا الألف»، (**أو أَطلَقَ**) بأن قال: «صالحتُك على ألف»، (**وسَلَّمَ**) القدر المصالَح عليه إلى المدَّعي: (**صحَّ**) الصلح.

أما إذا ضَمِن البدل: فلأن الحاصل للمدَّعى عليه ليس إلا البراءة، وفي حقها الأجنبيُّ والمدَّعى عليه سواءٌ، ويجوز أن يكون الفضولي أصيلا إذا ضَمِن كالفضولي بالخلع إذا ضَمِن البدل.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٩٨).

(٢) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٢٧٦).

(٣) وجه التدبر: أنه يمكن التوجيه: بأن المراد من «المال» الذي ذكَر في أول الكتاب: «مالٌ يجري فيه الربا»، و«المالِ» الذي ذكَر هنا: «مالٌ لا يجري فيه الربا»، ويؤيده قوله: «والصلح عن فرس بفرس جائز»؛ لأن الفرس مالٌ لا يجري فيه الربا، فلا مخالفة. (داماد، منه).

وكان مُتبرِّعًا. وإن أَطلَقَ، ولم يُسلِّم: تَوقَّف؛ فإن أجازَه المدَّعى عليه: جازَ ولَزِمَه البدل، وإلا: بَطَلَ.

وأما إذا أضاف إلى ماله: فلأنه بهذه الإضافة الْتَزَم التسليم إلى المدَّعي وهو قادرٌ على ذلك، فيجب عليه تسليمه.

وأما إذا أشار إلى نقدٍ أو عرضٍ: فلأنه تعيَّن للتسليم بشرط، فيتمُّ به الصلح.

وأما إذا أطلَق وسلَّم: فلأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له، فيتمُّ العقد؛ لحصول مقصوده.

(**وكان**) الفضوليُّ (**مُتبرِّعًا**)؛ لأنه فعَله بلا إذن المدَّعى عليه.

(**وإن أطلَقَ**) أي: قال: «صالحتُك على ألف»، (**ولم يُسلِّم: تَوقَّف**) أي: صار الصلح موقوفا على الإجازة؛ (**فإن أجازَه المدَّعى عليه: جاز**) الصلح، (**ولَزِمَه البدل**)؛ لالتزامه إياه باختياره، هذا اختيار بعض المشايخ.

وقال بعضهم: إنه يَنفذ على المصالح ولم يتوقف إلا إذا لم يَذكر البدلَ كما في «القهستاني»[1].

(**وإلا**) أي: وإن لم يُجزه: (**بَطَلَ**) الصلح؛ سواء كان المدَّعى عليه مقرًّا أو لا، والبدل عينا أو دينا؛ لأن المُصالح هنا -وهو: الفضولي- لا ولاية له على المطلوب، فلا ينفذ تصرُّفه عليه، فيتوقف على إجازته.

وفي «التنوير»:

* والخلع في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالصلح.

* ادعى وقفية أرضٍ على آخر، ولا بينة للمدَّعي على دعواه، فصالَحه المنكر لقطع الخصومة عنه: جاز الصلح، وطاب له لو صادقا، وقيل: لا.

* كل صلح بعد صلح: فالثاني باطل، وكذا الصلح بعد الشراء.

* أقام المدَّعى عليه بينة بعد الصلح عن إنكار أن المدَّعي قال قبل الصلح: «ليس لي قبل فلان حق»: والصلح[2] ماضٍ على الصحة، ولو قال المدَّعي بعده: «ما كان لي قبل

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٨٢).

(٢) هكذا في الأصل، وفي «التنوير»: «فالصلح»، والله أعلم.

باب الصلح في الدَّيْن: الصلحُ عما استُحِقَّ بعقد المُدايَنة على بعض جنسِه: أخذٌ لبعض حقِّه وإسقاطٌ لِباقِيه، لا مُعاوَضةٌ.

فلو صالَحَ عن ألفٍ حالٍّ على مائةٍ حالَّةٍ أو ألفٍ مؤجَّلٍ: صحَّ. وكذا عن ألفٍ جِيادٍ على مائةٍ زُيوفٍ.

المدَّعى عليه حق»: بطل الصلح.

* والصلح عن الدعوى الفاسدة: يصح، وعن الباطلة: لا.

وقيل: اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا.

* ويصح الصلح بعد حلف المدَّعى عليه دفعا للنزاع بإقامة البينة، وقيل: لا.

* طلبُ الصلح والإبراء من المدَّعى عليه عن الدعوى: لا يكون إقرارا، بخلاف طلب الصلح والإبراء عن المال.

* صالَح البائع مع المشتري عن عيب، وظهر عدم ذلك العيب، أو زال العيب: بطل الصلح[1][١٢٥/أ].

(باب الصلح في الدَّيْن)

وهو: الذي ثَبَتَ في الذمة[2].

(**الصلحُ عما استُحِقَّ بعقد المُدايَنة**) مثل البيع نسيئةً ومثل الإقراض (**على بعض جنسِه**) كمن له على آخَر ألف درهم، فصالَحه على خمسمائة: (**أخذٌ**) -خبر المبتدأ- (**لبعض حقِّه، وإسقاطٌ لِباقِيه**)؛ لأن تصحيح تصرُّف العاقل واجب ما أمكن، وقد أمكن ذلك، فيحمل عليه، (**لا مُعاوَضةٌ**)؛ لإفضائه إلى الربا.

ثم فرَّعه بقوله: (**فلو صالَحَ**) المديونُ دائنَه (**عن ألفٍ حالٍّ**) في ذمته (**على مائةٍ حالَّةٍ**) بإسقاط ما فضَل هو تسعُمائة، (**أو**) عن ألفٍ حالٍّ على (**ألفٍ مؤجَّلٍ**) بإسقاط وصف الحلول فقط هو حق له كالفضل: (**صحَّ**) الصلح.

(**وكذا**) صحَّ لو صالح (**عن ألفٍ جِيادٍ على مائةٍ زُيوفٍ**) بإسقاط ما فضَل وإسقاطِ

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٥-١٧٦).

(٢) هذا تفسير لـ: «الدَّيْن».

ولا يصحُّ عن دراهمَ على دنانيرَ مؤجَّلةٍ، أو عن ألفٍ مؤجَّلٍ على نصفه حالاً، أو عن ألفٍ سُودٍ على نصفه بِيضًا.

ولو صالَحَ عن ألفِ درهمٍ ومائةِ دينارٍ على مائةِ درهمٍ حالَّةٍ أو مؤجَّلةٍ: صحَّ.

وإن قال مَن له على آخر ألفٌ: «أَدِّ غدًا نصفَه على أنك بَرِيءٌ من ....

وصف الجودة معا.

ولا يشترط قبض المبدَل في هذه الصور؛ لكونه مداينة لا معاوضة.

(**ولا يصحُّ**[1]) لو صالَح (**عن دراهمَ**) حالَّةٍ (**على دنانيرَ مؤجَّلةٍ**) إلى شهر؛ سواء عن إقرار أو إنكار؛ لأن الدنانير غير مستحَقَّة بعقد المداينة، فلا يمكن حمله على التأخير، فتعيَّنت المعاوضة، وبيعُ الدراهم بالدنانير نَساءً لا يجوز؛ لكونه صرفا.

(**أو**) صالَحه (**عن ألفٍ مؤجَّلٍ على نصفه حالاً**): فإنه لا يصح أيضا؛ لأن المعجَّل خير من المؤجَّل، وهو غير مستحق بالعقد، فيكون بإزاء ما حُطَّ عنه، وذلك اعتياض عن الأجل، وهو حرام.

(**أو**) صالَحه (**عن ألفٍ سُودٍ**) -جمع: «أسْوَد»-؛ أي: دراهم مضروبة من نُقْرة سوداءَ مغلوبةِ الغِشِّ (**على نصفه بِيضًا**)؛ لأنه من دراهم سُودٍ لا يستحق البيض، فقد صالَح على ما لا يستحق بعقد المداينة، وكان معاوضة الألف بخمسمائة وزيادةِ وصفٍ، وهو ربا، بخلاف ما لو صالَح على قدر الدين وهو أجود؛ كما لو صالَحه عن ألفٍ حالٍّ على الألف المؤجل، أو صالَحه عن ألفٍ بِيضٍ على الألف السودِ: جاز بشرط قبضه في المجلس؛ لأنه إذا كان الذي يَستوفِيه أدوَن من حقه قدرا ووصفا ووقتا أو في أحدها: فهو إسقاط، وإذا كان أزيدَ منه: فمعاوضة.

(**ولو صالَحَ عن ألفِ درهمٍ ومائةِ دينارٍ على مائةِ درهمٍ حالَّةٍ أو مؤجَّلةٍ: صحَّ**)؛ لأنه يجعل إسقاطا للدنانير كلها وللدراهم إلا مائة، وتأجيلا للمائة التي بقيت، فلا يحمل على المعاوضة؛ لأن فيه فسادا.

(**وإن قال مَن له على آخر ألفٌ: «أَدِّ غدًا نصفَه**) أي: نصف الألف (**على أنك بَرِيءٌ من**

---

(١) قوله: «ولا يصح» ابتداء كلام، لا عطف على «صح» حتى يلزم متفرعا على الضابط المذكور، ويرد ما قال أبو المكارم، تتبَّع. (داماد، منه).

باقِيه»، ففَعَلَ: بَرِئَ، وإلا: فلا يَبرَأ، خلافا لأبي يوسف. وإن قال: «صالَحتُك على نصفه على أنك إن لم تَدفَع غدًا النصفَ: فالألفُ عليك»: لا يَبرَأ إذا لم يَدفَع إجماعا. وإن قال: «أبرَأتُك من نصفه على أن تُعطِيَني نصفَه غدًا»: بَرِئَ من نصفه؛ أعطَى أو لم يُعطِ. ....

باقِيه»، ففَعَلَ) مَن عليه الألف ذلك بأن قَبِل وأدَّى إليه في الغد النصفَ: **(بَرِئَ)** عن النصف الباقي بالاتفاق.

(وإلا) أي: وإن لم يُؤدِّ غدا بالنصف: **(فلا يَبرَأ)** عند الطرفين.

(خلافا لأبي يوسف)؛ فإنه قال: يبرأ وإن لم يُؤدِّ ولا يعود إليه النصف الساقط أبدا؛ لأنه إبراء مطلق؛ لأنه جعَل الأداء عوضا عن الإبراء نظرا إلى كلمة «على»، والأداء لا يصلح أن يكون عوضا لوجوبه عليه، فصار ذكرُه كعدمه.

ولهما: أنه إبراء مقيَّد بشرط الأداء، وأنه غرضٌ صالحٌ حذَرا من إفلاسه أو يُتوَصَّل بها إلى ما هو الأنفع من تجارةٍ رابحةٍ أو قضاءِ دينٍ أو دفعِ حبسٍ، فإذا عُدِم الشرط: بطل الإبراء، وكلمة «على» تَحتمِل الشرط فتُحمَل عليه عند تعذُّر المعاوضة؛ تصحيحا لكلامه، وعملا بالعرف.

وهذه المسألة على وجوه:

* **الأول**: ما ذكر.

* **والثاني**: قوله: **(وإن قال: «صالَحتُك على نصفه على أنك إن لم تَدفَع غدًا النصفَ: فالألفُ عليك»: لا يَبرَأ إذا لم يَدفَع إجماعا)**، يعني: إن قَبِل، وأدَّى إليه النصف في الغد: برئ عن الباقي، وإلا: فالكل عليه **بالإجماع**؛ لأنه أتى بتصريح التقييد، فإذا لم يوجد: بطل.

* **والثالث**: قوله: **(وإن قال: «أبرَأتُك من نصفه على أن تُعطِيَني نصفَه غدًا»: بَرِئَ)** -جواب «إنْ»- **(من نصفه؛ أعطَى)** النصف في الغد، **(أو لم يُعطِ)**؛ لأن الدائن أطلق البراءة في أول كلامه، ثم ذكَر الأداء الذي لا يصلح عوضا، فبقي احتمال كون الأداء شرطا، وهو مشكوك هنا؛ لكونه مذكورا مؤخرا عن البراءة، فلم يتحقق كونه شرطا، فبقي البراءة على الإطلاق، فيصير الأداء وعدمُه غيرَ مقيدٍ في حق البراءة، بخلاف الأداء في الصورة الأولى؛ لكونه مقيدا في البراءة لذكره في أول الكلام، وبهذا التقرير اتَّضح الفرق بين الصورتَين(١)[١٢٥/ب].

---

(١) وفي «شرح الوقاية» (٢٣٦/٤) اعتراض على «الوقاية»، وفي «حاشيته» ليعقوب باشا جواب، إن =

وكذا لو قال: «أدِّ إليَّ نصفَه على أنك بريءٌ من باقِيه» ولم يُوقِّت. ولو قال: «إن أدَّيتَ إليَّ نصفَه: فأنت بريءٌ» أو «إذا أدَّيتَ...» أو «متى أدَّيتَ...»: لا يصحُّ الإبراءُ وإن أدَّى.

ومن قال سرًّا لربِّ دَينِه: «لا أُقِرُّ لك حتى تُؤخِّره عني أو تَحُطَّ عني»، ففَعَلَ: جاز، وإن أَعلَنَ: لَزِمَه للحال.

فصل: ....

---

* والرابع: قوله: (وكذا لو قال: «أدِّ إليَّ نصفَه على أنك بريءٌ من باقِيه» ولم يُوقِّت) للأداء وقتا: فإنه يصح الإبراء بالإجماع، ولا يعود الدين؛ فإنه إبراء مطلق؛ لأنه لمَّا لم يُوقِّت للأداء وقتا: لا يكون الأداء غرضا صحيحا؛ لأن الأداء واجب على المديون في مطلق الأزمان، فلم يتقيد الإبراء، فحُمِل على المعاوضة، ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدَّم؛ لأن الأداء في الغد غرضٌ صحيحٌ كما في «الهداية»[1].

* والخامس: قوله: (ولو قال: «إن أدَّيتَ إليَّ نصفَه: فأنت بريءٌ» أو «إذا أدَّيتَ...» أو «متى أدَّيتَ» إليَّ نصفه: فأنت بريء»: (لا يصحُّ الإبراءُ وإن) -وصلية- (أدَّى) نصفه؛ لأنه تعليقٌ بالشرط صريحا، والبراءةُ لا تحتمل التعليق بالشرط؛ لِما فيها من معنى التمليك.

(ومن قال) أي: المديونُ (سرًّا لربِّ دَينِه: «لا أُقِرُّ لك حتى تُؤخِّره) أي: الدينَ (عني أو تَحُطَّ عني) بعضه»، (ففَعَلَ) ربُّ الدين التأخيرَ أو الحطَّ: (جاز) أي: التأخير والحط؛ لأنه ليس بمُكرَهٍ عليه، فصار نظيرَ الصلح مع الإنكار، فلا يَتمكَّن من مطالبته في الحال بعد التأخير، ولا من مطالبة ما حطَّ في الحط أبدا.

(وإن أَعلَنَ) ما قاله سرًّا: (لَزِمَه) أي: جميع الدين (للحال) أي: بلا تأخير إن أخَّر، ولا حطِّ إن حَطَّ.

(فصل)
في الدين المشترك[2] والتَّخارُج

= شَتَّ: فلتراجع. (داماد، منه).

(١) «الهداية» للمرغيناني (١٩٦/٣).

(٢) و«الدين المشترك» كالموروث بين اثنين، وقيمة عينٍ مستهلكةٍ بينهما، وثمن مبيع وبدل القرض من المال المشترك، ونحوه. (داماد، منه).

وإن صالَحَ أحدُ ربَّيِ الدَّين في دَينٍ عن نصفه على ثوبٍ: فلِشريكِه أن يتَّبع المديون بنصفه، أو يَأخُذَ نصف الثوب إلا أن يَضمَن له رُبُع الدَّين. وإن قَبَضَ شيئا من الدين: شارَكَه شريكُه فيه، واتَّبَعَا الغريمَ بما بَقِيَ. وإن اشتَرَى بنصيبه شيئا: ضَمَّنَه شريكُه رُبُع الدين، ....

(**وإن**[1] **صالَحَ أحدُ ربَّيِ الدَّين في دَينٍ عن نصفه**) أي: الدينِ وهو نصيبه (**على ثوبٍ: فلِشريكِه**) الخيارُ؛ إن شاء (**أن يتَّبع المديون بنصفه**) أي: بنصف الدين؛ لبقاء حصته في ذمته، (**أو يَأخُذَ نصف الثوب**) من شريكه؛ لأن له حقَّ المشاركة؛ لأنه عوضٌ عن دينه، (**إلا أن يَضمَن**) أي: الشريكُ (**له**[2] **رُبُع الدَّين**)؛ لأن حقه في الدين لا في الثوب، ولا فرق بين أن يكون الصلح عن إقرار أو سكوت أو إنكار.

ثم ههنا قيدان:

* **الأول**: أن يكون المصالح عنه دينا؛ لأنه لو كان الصلح عن عينٍ مشتركةٍ: يختص المصالح ببدل الصلح، وليس لشريكه أن يُشارِكه فيه؛ لكونه معاوضة من كل وجه؛ لأن المصالح عنه مالٌ حقيقةً بخلاف الدين.

* والثاني: أن يكون المصالح عليه ثوبا، والمراد خلاف جنس الدين؛ لأنه لو صالَحه على جنسه: يُشارِكه فيه، أو يرجع على المديون، وليس للقابض فيه خيارٌ؛ لأنه بمنزلة قبضِ بعضِ الدين.

(**وإن قَبَضَ**) أحد الشريكَيْن (**شيئا من الدين: شارَكَه شريكُه فيه**) أي: في الذي قبضه، إذا لم يشاركه: تلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا غير جائز، فله أن يشاركه فيه إن شاء؛ لأنه عين حقه من وجه، وإن شاء: رجع على الغريم؛ لأن حقه عليه في الحقيقة، (**واتَّبَعَا**) أي: رجعَا الشريكان على (**الغريمَ**) أي: المديون (**بما بَقِيَ**) من الدين؛ لاستوائهما في الاقتضاء، ولو سلَّم له المقبوض، واختار متابعة الغريم، ثم تَوِيَ نصيبَه بأن مات المديون مُفلسًا: رجع على القابض بنصف ما قبض، لكن ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة، بل يعود إلى ذمته.

(**وإن**) لم يُصالِح أحدُ الشريكين، بل (**اشتَرَى**) من الذي عليه الدينُ (**بنصيبه**) من الدين (**شيئا**): فالآخر مخيَّر؛ إن شاء: (**ضَمَّنَه شريكُه رُبُع الدين**)؛ لأنه صار قابضا لنصيبه

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «إن» بدون الواو.

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «المصالح».

أو اتَّبعَ الغريمَ.

ومن أَبرَأَ عن نصيبه أو قاصَّ الغريمَ بدينٍ سابقٍ: لا يَضمَن لشريكه. وإن أَبرَأَ عن البعض: قُسِمَ الباقي على سِهامه. وإن أَجَّلَ نصيبَه: لا يصحُّ، خلافا لأبي يوسف. ....

بالمقاصَّة[1] ولا ضرر عليه؛ لأن مبنى البيع على المُماكسة والمنازعة، بخلاف الصلح؛ لأن مبناه على الحطيطة والمسامحة، فلو ألزمناه دَفْع رُبُع الدين: يَتضرَّر به؛ لأنه لم يَستوفِ تمام نصف الدين، فلذا خيَّرْناه، (**أو اتَّبعَ الغريمَ**) إن شاء؛ لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة، لكن له حق المشاركة، فله أن يُشارِك.

(**ومن أَبرَأَ**) أحدُهما ذمةَ المديون (**عن نصيبه أو قاصَّ الغريمَ بدينٍ سابقٍ**) بأن كان للمطلوب على أحدهما دينٌ قبل وجودِ دينِهما عليه حتى صار دينُه قِصاصا به: (**لا يَضمَن لشريكه**) شيئا في الصورتين:

* أما في الأولى: فلأن الإبراء إتلافٌ لا قبضٌ، والرجوع يكون في المقبوض لا في المُتلَف.

* وأما في الثانية: فلأنه قضى دينا كان عليه، ولم يقبض؛ لأن الأصل في الدينَيْن إذا التقيَا قصاصا: أن يصير الأول مقضيًّا بالثاني، والمشاركةُ إنما تثبت في الاقتضاء.

(**وإن أَبرَأَ**) أحدُهما (**عن البعض**) أي: بعضِ نصيبه: (**قُسِمَ الباقي على سِهامه**)؛ لأن الحق عاد إلى هذا القدر، حتى: لو كان لهما على المديون عشرون درهما، فأبرأه أحدهما عن نصف نصيبه: كان له المطالبة بالخمسة، وللساكت المطالبة بالعشرة كما في «الدرر»[2][١٢٦/أ].

(**وإن أَجَّلَ**) أحدُهما (**نصيبَه: لا يصحُّ**) التأجيل عند الطرفين.

(**خلافا لأبي يوسف**)؛ فإنه يصح عنده؛ اعتبارا بالإبراء المطلق.

ولهما: أنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض كما في «الهداية»[3].

---

(١) لا يقال: قسمة الدين قبل القبض لا يتصور، فيكف يتصور المقاصَّة فيه؟ لأن قسمة الدين قبل القبض يجوز ضمنا، وإنما لا يجوز قصدا وهو وقت القسمة في ضمن صحة الشراء وصحة المصالحة، وكم من شيء يصح ضمنا ولا يصح قصدا. (داماد، منه).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٩٢/٢).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (١٩٧/٣).

وبَطَلَ صلحُ أحدِ ربَّيْ سلَمٍ عن نصيبه على ما دَفَعَ، خلافا له أيضا.

وإن أَخرَجَ الورَثةُ أحدَهم عن عَرضٍ أو عَقارٍ بمالٍ أو عن أحد النقدَيْن بالآخر أو عنهما بهما: ....

وفي «النهاية»[١]: ما ذكَره من صفة الاختلاف مخالفٌ لِما ذُكِر في عامة الكتب حيث ذُكِر قول **محمد** مع قول **أبي يوسف**، وذلك سهلٌ؛ لجواز أن يكون المصنف قد اطَّلع على رواية **لمحمد** مع **الإمام**[٢].

(**وبَطَلَ صلحُ أحدِ ربَّيْ سلَمٍ**) أي: أحد الشريكين في سلَمٍ (**عن نصيبه على ما دَفَعَ**) من رأس المال، وهذا عند **الطرفين**؛ لأنه يستلزم جواز قسمة الدين في الذمة، وإنها لا تجوز.

(**خلافا له**) أي: لأبي يوسف (**أيضا**) كما خالَف في المسألة الأولى؛ فإن **عنده** يجوز؛ لأنه دينٌ مشتركٌ، فإذا صالَح أحدهما على حصته: جاز كسائر الديون كما في «شرح الكنز» للعيني[٣].

وإنما شُرِط على دفع رأس المال؛ لأن الصلح على غير رأس المال لا يجوز **بالاتفاق**؛ لِما فيه من استبدال المسلَم فيه.

وفي «التنوير»: صالَح أحدُ ربَّيْ سلَمٍ عن نصيبه[٤] على ما دفَع؛ فإن أجازه الآخر: نفَذ عليهما، وإن ردَّه: رُدَّ وبطَل، -ثم قال:- وهذه العبارة أولى من قول «الكنز»[٥] -وهو اختيار المصنف-: «وبطل...» إلى آخره، لأنه ليس بباطل، بل هو صحيح موقوف إلا أن يُراد به أنه سيبطل على تقدير عدم الإجازة[٦]، انتهى.

(**وإن أَخرَجَ الورَثةُ أحدَهم عن عَرضٍ**) هي التركة، (**أو**) أخرجوه عن (**عَقارٍ**) هي التركة (**بمالٍ**) أَعطَوْه له، (**أو**) أخرجوه (**عن أحد النقدَيْن بالآخر**) أي: عن ذهَبٍ هو التركة بفضةٍ دفعوها إليه، أو عن فضة هي التركة بذهبٍ دفعوه إليه، (**أو عنهما**) أي: عن النقدين (**بهما**)

---

(١) وفي «الغاية»: فيكون ما ذكره صاحب «الهداية» بناءً على اختلاف روايتين في كتاب الشركة وكتاب الصلح، ففي كتاب الشركة قول **محمد** مع **الإمام**، وفي كتاب الصلح مع **أبي يوسف**. (**داماد، منه**).

(٢) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٣٢/ب).

(٣) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٣٨).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٦).

(٥) «كنز الدقائق» للعيني (ص: ٥٢٠).

(٦) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٨٥/أ).

صحَّ؛ قلَّ البدلُ أو كثُرَ، وعن نقدَين وغيرِهما بأحد النقدَين: لا يصحُّ إلا أن يكون المُعطَى أكثرَ من نصيبه من ذلك الجنس.........

أي: بالنقدين بأن كان في التركة دراهم ودنانير، وبدلُ الصلح أيضا دراهم ودنانير: (صحَّ) هذا الصلح في الوجوه كلها؛ (قلَّ البدلُ أو كثُرَ)؛ صرفا للجنس إلى خلافه كما في البيع، لكن في الوجه الثاني والثالث[١] يعتبر التقابض في المجلس؛ تحرزا عن الربا؛ لأنه صرف، ولا يعتبر التساوي.

والأصل في جواز التخارُج: أثر عثمان ﷺ؛ فإنه صالَح تُماضِرَ -امرأةَ عبد الرحمن بن عوف ﷺ[٢]- عن رُبُع الثُّمُن -وكان له أربع نسوة- على ثمانين ألف دينار بمحضر من الصحابة ﷺ من غير نكير[٣].

(وعن نقدَين)، وهما: الذهب والفضة، (وغيرِهما) أي: غير النقدين مثل العقار والعروض، أراد أن التركة إن كانت مشتملة على هذه الأجناس: فأخرجوه (بأحد النقدَين)، يعني: دفعوا إليه إما فضة أو ذهبا: (لا يصحُّ إلا أن يكون المُعطَى) -بفتح الطاء-؛ أي: الذي أعطوه (أكثرَ من نصيبه من ذلك الجنس)؛ ليكون نصيبه بمثله والزيادةُ بمقابلة حقه من بقية

---

(١) أي: عن أحد النقدين بالآخر أو عنهما بهما.

(٢) وهي: بنت الأصبغ بن عمرو الكلبي، وأم أبي سلمة بن عبد الرحمن؛ حيث بعَث رسول الله ﷺ عبدَ الرحمن بن عوف في سبعمائة إلى دُومَة الجندل في شعبان سنة ست من الهجرة، فدعاهم إلى الإسلام، فأبَوْا ثلاثا، ثم أسلَم رأسُهم الأَصبَغ بن عمرو الكلبي، فبعث عبد الرحمن إلى النبي ﷺ، فأخبره، فكتَب إليه: أن تزوَّج تُماضِر بنت الأصبغ، فتزوَّجها، ورجَع بها، وهي أم أبي سلمة بن عبد الرحمن لم تلد له غيره. انظر «الطبقات الكبرى» لابن سعد (٨٩/٢).

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» (١١٢/٤): «غريب بهذا اللفظ»، ثم ساق:

* ما أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٢٥٦/٢٨٩/٨) عن عمر بن دينار: أن امرأة عبد الرحمن بن عوف أخرجها أهلُه من ثُلُث الثُّمُن بثلاثة وثمانين ألف درهم.

* وما أخرجه ابن سعد في «الطبقات الكبرى» (١٣٦/٣): أن عبد الرحمن بن عوف توفي، وكان فيما ترك ذهبٌ قُطع بالفُؤُوس، حتى مَجِلت منه أيدي الرجال، وترَك أربع نسوة، فأخرجت منهن امرأة من ثمنها بثمانين ألفا.

* وما أخرجه ابن سعد أيضا في «الطبقات الكبرى» (١٣٦/٣): أنه أصاب تُماضِرَ بنت الأَصبَغ رُبُع الثُّمُن، فأخرجت بمائة ألف، وهي إحدى الأربع.

* وما أخرجه ابن سعد أيضا في «الطبقات الكبرى» (٢٩٩/٨): أنه كان في تُماضِر سوء خلق، وكانت على تطليقتين، فلما مرض عبد الرحمن طلَّقها الثالثة، فورثها عثمان ﷺ منه بعد انقضاء العدة.

وإن بعرضٍ: جاز مطلقًا.

وإن في التركة دينٌ على الناس، فأَخرَجوه ليكون الدينُ لهم: بَطَلَ الصلح. وإن شَرَطوا براءةَ الغُرَماء من نصيبه: صحَّ. وكذا إن قَضَوْا حِصَّته منه تبرُّعًا، أو أَقرَضوه قدرَها وأَحالَهم به على الغُرَماء وصالَحُوه عن غيره. ....

التركة تحرُّزا عن الربا، وذلك؛ لأن الصلح لا يجوز بطريق الإبراء؛ لأن التركة أعيان، والبراءةُ من الأعيان لا يجوز لكن لا بد من التقابض في المجلس فيما يقابل النقدين؛ لأنه صرف في هذا القدر.

(**وإن**) صالَحوا (**بعرضٍ**) في هذه الصورة: (**جاز مطلقًا**)؛ لعدم الربا.

(**وإن**) كان (**في التركة دينٌ على الناس، فأَخرَجوه**) أي: أخرجت الورثة أحدهم (**ليكون الدينُ لهم: بَطَلَ الصلح**)؛ لأن فيه تمليكَ الدين الذي هو حصة المصالح من غير مَن عليه الدين، وهم الورثة، فبطل، ثم تعدَّى البطلان إلى الكل؛ لأن الصفقة واحدة؛ سواء بيَّن حصة الدين أو لم يُبيِّن عند **الإمام**، وينبغي أن يجوز **عندهما** في غير الدين إذا بيَّن حصته.

ثم ذكر لصحة الصلح حِيَلا، فقال:

(**وإن شَرَطوا**) أي: الورثةُ (**براءةَ الغُرَماء من نصيبه**) أي: من الدين الذي هو نصيب المصالح: (**صحَّ**) الصلح؛ لأنه إسقاط أو تمليك للدين ممن عليه الدين، وفي هذا الوجه ضررٌ لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح، ونوعُ نفعٍ لهم حيث لا يبقى للمصالح حقٌّ فيما على المديون، فإذا وُجِد الضرر مع النفع في محلٍ: لا يُعدُّ الضرر ضررا، فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض.

(**وكذا**) صحَّ الصلح (**إن قَضَوْا**) أي: تعجَّلوا قضاء (**حِصَّته**) أي: حصة المصالح (**منه**) أي: من الدين (**تبرُّعًا**)، ثم تَصالَحوا عما بقي من التركة، ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة، فالأولى ما ذكره بقوله: (**أو أَقرَضوه**) أي: أقرض بقيةُ الورثةِ المصالحَ (**قدرَها**) أي: قدر حصَّتِه من الدين، (**وأَحالَهم**) أي: أحالَ المُصالِح الورثةَ (**به**) أي: بالقرض الذي أَخَذه منهم (**على الغُرَماء**) وهم يقبلون الحوالة، (**وصالَحُوه عن غيره**) أي: عن غير الدين بما يصلح أن يكون بدلا: صحَّ.

وفي «التبيين»: والأوجه منه أن يبيعوه كفًّا من تمرٍ أو نحوه بقدر الدين، ثم يُحِيلهم

وفي صحَّةِ الصلح عن تركةٍ هي أعيانٌ غيرُ معلومةٍ على مَكيلٍ أو مَوزونٍ اختلافٌ. والأصحُّ: الجوازُ إن عَلِمَ أنها غيرُ المَكيلِ أو المَوزونِ إذا كانت كلُّها في يد البقيَّة.

وبَطَلَ الصلح والقِسْمة إن كان على الميت دينٌ مستغرِقٌ، وإن غيرَ مستغرِقٍ: فالأَولى أن لا يُصالِح قبلَ قضائِه. ولو فُعِلَ: قالوا: يجوز، ....

على الغرماء أو يُحِيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له، ثم يأخذوه لأنفسهم[1][١٢٦/ب].

(**وفي صحَّةِ الصلح عن تركةٍ هي أعيانٌ غيرُ معلومةٍ على مَكيلٍ أو مَوزونٍ**[2] **اختلافٌ**).

قال الإمام المرغيناني: لا يصح؛ لاحتمال الربا بأن كان في التركة المجهولة مكيل أو موزون، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح.

وقال الفقيه أبو جعفر: يصح؛ لاحتمال أن لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح، وعلى تقدير كونه يحتمل أن يكون نصيبه أقلَّ من بدل الصلح، فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة، ولا عبرة بها، هذا هو الصحيح كما في «التبيين» وغيره[3].

(**والأصحُّ: الجوازُ إن عَلِمَ أنها**) أي: التركة (**غيرُ المَكيلِ أو المَوزونِ**) -والأَولى بالواو كما في «الهداية» وغيرها[4]- (**إذا كانت كلُّها**) أي: كل التركة (**في يد البقيَّة**) أي: بقية الورثة؛ لأن التركة قائمة في أيديهم، فالجهالة فيها لا تُفضِي إلى النزاع؛ لعدم الحاجة إلى التسليم، حتى: لو كان بعض التركة في المُصالِح ولا يعرفه بقية الورثة: لا يجوز.

وقيل: لا يصح؛ لأنه بيع؛ إذ المُصالَح عنه عينٌ، ومع الجهالة لا يصح البيع.

(**وبَطَلَ الصلح والقِسْمة إن كان على الميت دينٌ مستغرِقٌ**) للتركة؛ لأن التركة لم يتملَّكها الوارث إلا أن يَضمَن الوارث الدينَ بشرط أن لا يرجع في التركة، أو يَضمَن أجنبيٌّ بشرط براءة الميت، (**وإن**) كان الدين (**غيرَ مستغرِقٍ: فالأَولى أن لا يُصالِح قبلَ قضائِه**) أي: قضاء الدين؛ لحاجته إلى تقدُّم القضاء.

(**ولو فُعِلَ**)، وصالَح: (**قالوا: يجوز**)؛ لأن التركة لا تخلو عن قليل دينٍ، والدائن قد يكون غائبا، فتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه، والدائنُ لا يتضرر؛ لأن على الورثة قضاء دينه.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٥١).

(٢) قوله: «على مكيل أو موزون» متعلق بـ«الصلح». (داماد، منه).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٥٢)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٤٠٤).

(٤) «الهداية» للمرغيناني (٣/١٩٨)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٤٠٤).

والقسمةُ تجوز قياسا لا استحسانا. وقيل: القياسُ: أن يُوقَف الكلُّ، والاستحسانُ: أن يُوقَف قدرُ الدَّين، ويُقسَم الباقي.

(**والقسمةُ تجوز قياسا**)؛ لِما مرَّ من: أن التركة لا تخلو عن قليل دينٍ، فتُقسَّم؛ نفيا للضرر عن الورثة، (**لا**) تجوز (**استحسانا**)، وهو قول الكرخي؛ لأن الدين يمنع تملك الوارث؛ إذ ما من جزء من التركة إلا وهو مشغول بالدين، فلا تجوز القسمة قبل قضائه.

(**وقيل: القياسُ: أن يُوقَف الكلُّ**)؛ لِما مرَّ من: أن الدين يتعلق بكل جزء من التركة، (**والاستحسانُ: أن يُوقَف قدرُ الدَّين، ويُقسَم الباقي**)؛ لدفع الضرر عن الورثة.

وفي «التنوير»:

* وإذا أخرجوا واحدا: فحصَّتُه تُقسَّم بين الباقي على السواء إن كان ما أعطَوْه من مالهم غيرَ الميراث المشترَكِ بينهم، وإن كان ما أعطَوْه له مما وَرِثوه من مُورِّثهم: فعلى قدر ميراثهم، والموصى له كوارثٍ فيما قدَّمْناه.

* صالحوا أحدَهم، ثم ظهَر للميت دينٌ أو عينٌ لم يعلموها؛ هل يكون داخلا في الصلح؟ أشهرهما -أي: القولين-: لا يكون داخلا فيه[1].

** ** **

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٦).

كتاب المضاربة: هي: «شركةٌ في الربح بمالٍ من جانبٍ وعملٍ من جانبٍ».

والمضارِبُ أمينٌ،...

(كتاب المضاربة)

هي «مفاعلة» من: «الضرب في الأرض»، وهو: السير فيها، قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ﴾ [المزمل: ٢٠]، يعني: الذين يسافرون في التجارة.

وسمي هذا العقد بها؛ لأن العامل فيه يسير في الأرض غالبا لطلب الربح، وأهل الحجاز يُسمُّون هذا العقد: «مقارضة» و«قراضا»؛ لأن صاحب المال يقطع قدرا من ماله، ويُسلِّمه للعامل، وأصحابنا اختاروا لفظة: «المضاربة»؛ لكونها موافقة للنص.

وفي الشرع:

(**هي**) أي: المضاربة: (**«شركةٌ في الربح**) بأن يقول رب المال: «دفعتُه مضاربة -أو: معاملة- على أن يكون لك من الربح جزء معين كالنصف -أو: الثلث، أو: غيره-»، ويقولَ المضارِب: «قبلتُ».

ففيه إشعار بأن كلًّا من الإيجاب والقبول ركن.

والظرف لـ«الشركة».

(**بمالٍ من جانبٍ**)، وهو: جانب رب المال، (**وعملٍ من جانبٍ»**) آخر، وهو: جانب المضارب.

وهي مشروعة للحاجة إليها؛ فإن الناس بين غنيٍّ بالمال غبيٍّ عن التصرف فيه، وبين مهتدٍ في التصرف صِفرِ اليد عن المال، فمسَّت الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف؛ لتنتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني، وبُعِث النبي ﷺ والناس يباشرونه، فقرَّرهم عليه، وتعاملت به الصحابة رضي الله تعالى عنهم[1].

(**والمضارِبُ أمينٌ**) ابتداء؛ لأنه قبَض المال بإذن مالكه، لا على وجه المبادلة والوثيقة.

والحيلة في أن يصير المال مضمونا على المضارب: أن يُقرِضه من المضارب، ويُشهِد

---

(١) انظر: «الموطأ» للإمام مالك (٢/٢٨٩/٢٤٢٩)، و(٢/٢٩٠/٢٤٣٠)، و«السنن» للدارقطني (٤/٢٣/٣٠٣٣)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٦/١٨٤-١٨٦/١١٦٠٨-١١٦١١).

فإذا تَصرَّفَ: فوكيلٌ، فإن رَبِحَ: فشريكٌ، وإن خالَفَ: فغاصِبٌ، وإن شَرَطَ كلَّ الربحِ له: فمُستقرِضٌ، وإن شَرَطَ لربِّ المال: فمُستَبضِعٌ.

وإن فَسَدتْ: فأجيرٌ، فله أجرُ مثلِه؛ رَبِحَ أو لم يَربَح............................

عليه، ويُسلِّمه إليه، ثم يأخذه منه مضاربة، ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل بجزءٍ شائعٍ من الربح، فإذا عَمِل ورَبِح: كان الربح بينهما على الشرط، وأخَذ رأس المال على أنه بدل القرض، وإن لم يربح: أخَذ رأس المال بالقرض، وإن هلك المال: هلك على المستقرِض وهو العامل، وذكر الزيلعي حيلة أخرى[1]، فليطالع.

(**فإذا تَصرَّفَ**) المضارب في المال: (**فوكيلٌ**)؛ لأنه متصرف في ملكه بأمره، ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل، (**فإن رَبِحَ**) منه: (**فشريكٌ**) لرب المال؛ لأنه هو المقصود من عقد المضاربة، (**وإن خالَفَ**) المضارب شرطَ ربِّ المال: (**فغاصِبٌ**) ولو أجاز بعده؛ لوجود التعدي منه على مال غيره، فصار غاصبا فيضمن، وبه قالت **الأئمة الثلاثة**[2] وأكثر أهل العلم.

وعن علي والحسن والزهري: أنه لا ضمان كما في «الشمني»[3][١٢٧/أ].

(**وإن شَرَطَ كلَّ الربحِ له**) أي: للمضارب: (**فمُستقرِضٌ**)؛ فإن استحقاق كل الربح لا يكون إلا بعد أن يصير رأس المال ملكا له؛ لأن الربح فرع المال، واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء، (**وإن شَرَطَ**[4]) كل الربح (**لربِّ المال: فمُستَبضِعٌ**) حيث يكون عاملا لرب المال بلا بدل، وعملُه لا يتقوَّم إلا بالتسمية، فكأنه كان وكيلا متبرعا.

(**وإن فَسَدتِ**) المضاربة بشيء: (**فأجيرٌ**)؛ لأن المضارب عامل لرب المال، وما شرطه له كالأجرة على عمله، ومتى فسدت: ظهر معنى الإجارة، فلا ربح حينئذ؛ لأنه يكون في المضاربة الصحيحة، ولمَّا فسدت: صارت إجارة، (**فله**) أي: للمضارب (**أجرُ مثلِه**) أي: أجر مثل عملِه كما هو حكم الإجارة الفاسدة؛ (**رَبِحَ أو لم يَربَح**)، وبه قال **الشافعي**[5]؛ لأنه لا

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥٣/٥).

(٢) «نهاية المحتاج» للرملي (٢٣٠/٥)، و«الكافي» لابن قدامة (١٥٦/٢)، و«البيان وتحصيل» لابن رشد (٥٥٢/١٠).

(٣) «حاشية الوقاية» للشمني (١٣٤١/ب).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «شرطه».

(٥) «نهاية المحتاج» للرملي (٢٣٠/٥).

ولا يُزاد على ما شُرِطَ له عند أبي يوسف خلافا لمحمد. ولا يَضمَن المالَ فيها أيضا.

ولا تصحُّ المضاربةُ إلا بمالٍ تصحُّ به الشركةُ.

وإن دَفَعَ عرضًا، وقال: «بِعه، واعمَلْ في ثمنِه مضاربةً» أو قال: «اقبِضْ ما لي ....

يستحق المسمَّى لعدم الصحة، ولم يرضَ بالعمل مجانا، فيجب أجر المثل وإن لم يربح في رواية «الأصل»[1].

وعن **أبي يوسف**: لا أجر له إذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة.

(**ولا يُزاد**) أجر مثل عمله (**على**) قدر (**ما شُرِطَ له**) من الربح (**عند أبي يوسف**)؛ لأنه رضي به، وهو المختار.

(**خلافا لمحمد**)؛ فإن له أجر المثل عنده بالغا ما بلغ، وبه قالت **الأئمة الثلاثة**[2].

(**ولا يَضمَن**) المضارب (**المالَ**) بالهلاك (**فيها**) أي: المضاربة الفاسدة (**أيضا**) أي: كما لا يضمنه في المضاربة الصحيحة؛ لأنه أمين، فلا يكون ضمينا، وهذا ظاهر الرواية، وبه يفتى، وعن **محمد**: أنه يضمن كما في «القهستاني»[3].

وقال الطحاوي: عدم الضمان قول **الإمام**، وعندهما: هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه[4].

وقال الإسبيجابي: والأصح: أنه لا ضمان على قول الكل كما في «العناية»[5].

(**ولا تصحُّ المضاربةُ إلا بمالٍ تصحُّ به الشركةُ**) من النقدين والتِّبر والفَلْس النافق، لكن في «الكبرى»: أن في المضاربة بالتبر روايتين، وعن **الشيخين**: أنها تصح بالفلس، ولم تصح عند **محمد**، وعليه الفتوى كما في «القهستاني»[6].

(**وإن دَفَعَ عرضًا، وقال: «بِعه، واعمَلْ في ثمنِه مضاربةً»**)، فقَبِلَ، (**أو قال: «اقبِضْ ما لي**

---

(١) «الأصل» للإمام محمد (٤/٢١٩).

(٢) «نهاية المحتاج» للرملي (٥/٢٣٠)، و«المدونة» للإمام مالك (٣/٦٣٠)، و«الكافي» لابن قدامة (٢/١٥٦).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٢٠)، و«الأصل» للإمام محمد (٤/١٢٣).

(٤) «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (٣/٣٦٩).

(٥) «العناية» للبابرتي (٨/٤٥٠).

(٦) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٢٠).

على فلان، فاعمَلْ به مضاربةً»: جازَ أيضا.

وشُرِطَ تسليمُ المالِ إلى المضارِب بلا يدٍ لربِّ المال فيه؛ عاقدًا كان أو غيرَ عاقدٍ؛ كالصغير إذا عَقَدَها له وليُّه وأحدِ الشريكَيْن إذا عَقَدَها الآخَر، ....

على فلان) من الدين، **(فاعمَلْ**[1] **به مضاربةً»)**، فقَبِلَ: **(جازَ أيضا)** كما تصح به الشركة؛ لأن المضاربة في المسألة الأولى أضيفت إلى ثمن العرض وهو مما تصح فيه المضاربة، وفي الثانية أضيفت إلى زمان القبض، والدينُ إذا قُبِض: صار عينا، فيجوز هذا العقد، بخلاف ما: لو قال: «اعمَلْ بالدين الذي في ذمتك»: فإنه لا يجوز اتفاقا.

وفي «المنح»:

ولو قال: «اقبِضْ ديني على فلان، ثم اعمَلْ به مضاربة»، فعَمِل قبل أن يقبض كلَّه: ضَمِن، ولو قال: «فاعمَلْ به»: لا يضمن، وكذا بالواو؛ لأن «ثم» للترتيب، فلا يكون مأذونا بالعمل إلا بعد قبض الكل، بخلاف الفاء والواو؛ فإنه يكفي قبض البعض، كذا في بعض المعتبرات.

لكن في القول بـ«أن الفاء كالواو في هذا الحكم» نظرٌ، لأن «ثم» يفيد الترتيب والتراخي، والفاء يفيد التعقيب والترتيب، فينبغي أن لا يثبت الإذن فيها قبل القبض، بل يثبت عقيبه، بخلاف الواو؛ فإنها لمطلق الجمع من غير تعرُّض لمقارنة ولا ترتيب.

وفي «المجتبى»: ولو قال: «اشتَرْ لي عبدا نسيئة، ثم بِعْه واعمَلْ بثمنه مضاربة»، فاشتراه، ثم باعه وعمل فيه: جاز، ولو قال ربُّ المال للغاصب أو المستودَع أو المبعَّض: «اعمل بما في يدك مضاربة»: جاز[2].

(وشُرِطَ تسليمُ المالِ إلى المضارِب بلا يدٍ لربِّ المال فيه)؛ لأن تخلية المال للعامل واجب؛ للتمكُّن من التصرف فيه، حتى: لو شرَط عمل ربِّ المال معه: لفسدت المضاربة؛ لأن ذلك مخلٌّ بالتسليم بخلاف الشركة، **(عاقدًا كان)** ربُّ المال **(أو غيرَ عاقدٍ؛ كالصغير إذا عَقَدَها)** أي: المضاربة **(له)** أي: للمضارب **(وليُّه)** أي: وليُّ الصغير، وشرَط عمل الصغير معه: فإنه لا يجوز؛ لأن يد المالك ثابت له، وبقاءُ يده يمنع التسليم إلى المضارب، **(وأحدِ الشريكَيْن إذا عَقَدَها)** أي: المضاربة **(الآخَر)** أي: إذا دفع أحد المتفاوضين وأحد شريكَي

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «واعمَلْ».

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٨٧/أ).

وكونُ الربحِ بينهما مُشاعًا، فتَفسُد إن شُرِطَ لأحدهما عشرةُ دراهمَ -مثلا-.
وكلُّ شرطٍ يُوجِب جهالةَ الربحِ: يُفسِدها، ....

العِنان المالَ مضاربة، وشرَط عمل شريكِه معه: فإنه لا يجوز؛ لقيام الملك له، فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد، حتى: لو دفع الأبُ الوصيُّ مال الصغير، وشرَط عمل نفسه: جاز؛ لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما، فجاز اشتراط العمل عليهما، بخلاف المأذون لو دفع مالَه مضاربة، وشرط عمله معه: فإنه لم يجز؛ لأن اليد المتصرفة ثابتة له، فنزل منزلة المالك.

وفيه إشعار بأن الوصي إذا دفع مال الصغير إلى نفسه مضاربة جاز كما في «الذخيرة»[1]، لكن ينبغي أن يزاد في هذه المسألة: أن الوصي لا يجعل لنفسه أكثر مما يجعل لأمثاله كما قاله الطرسوسي.

(و) شُرِط (**كونُ الربحِ بينهما مُشاعًا**) أي: لا تصح المضاربة حتى يكون الربح مُشاعا بينهما بأن يكون أثلاثا أو منصَّفا ونحوهما؛ لأن الشركة لا تتحقق إلا به، فلو شُرِط لأحدهما دراهم مسماة: تبطل، فيكون الربح لرب المال.

وشُرِط كون نصيب كلٍّ من المضارب وربِّ المال معلوما عند العقد وكونُ رأس المال معلوما تسمية أو إشارة[١٢٧/ب].

(**فتَفسُد**) المضاربة (**إن شُرِطَ لأحدهما عشرةُ دراهمَ -مثلا-**)؛ لأن اشتراط ذلك مما يَقطع الشركة بينهما؛ لأنه ربما لا يربح بالشرط، فإذا لم يصحَّ: بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد، فيجب أجر المثل.

وفي «التنوير»: ولو ادَّعى المضارب فسادها: فالقول لرب المال، وبعكسه: فللمضارب[2].

(**وكلُّ شرطٍ يُوجِب جهالةَ الربحِ**) كشرط رب المال على المضارب أن يدفع إليه أرضه ليزرعها سنة، أو داره ليسكنها سنة: (**يُفسِدها**) أي: المضاربة؛ لأنه جعَل بعضَ الربح عوضا عن عمله، والبعضَ أجرةَ دارِه أو أرضِه، ولا يَعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتُسقِط ما أصاب منفعة الدار.

---

(١) «فتاوى الذخيرة» لابن مازة (١١/٣٦٥).
(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٧).

وما لا: فلا، ويَبطُل الشرط؛ كشرطِ الوضيعةِ على المُضارِب.

وللمُضارِب في مطلقِها أن يَبِيعَ، ويَشترِيَ، ويُوكِّلَ بهما، ويُسافِرَ، ويُبضِعَ، ويُودِعَ، ويَرهَنَ، ويَرتهنَ، ويُؤاجِرَ، ويَستأجِرَ، ويَحتالَ بالثمن على الأيسَرِ وغيرِه. ولو أبضَعَ ربُّ المال: صحَّ، ولا تفسُدُ به المضاربةُ.

(**وما**) أي: كلُّ شرطٍ (**لا**) يوجب جهالة الربح: (**فلا**) يُفسِد المضاربة، (**و**) لكن (**يَبطُل الشرط**)؛ لأنه لا يفضي إلى جهالة حصة العمل؛ إذ نصيبه من الربح مقابَل بعمله لا غير ولا جهالةَ فيه؛ (**كشرطِ الوضيعةِ**) وهي الخسران (**على المُضارِب**)؛ لأن الخسران جزء هالك من المال، فلا يجوز أن يَلزم غيرَ رب المال، لكنه شرطٌ زائدٌ لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه، فلا يُفسِد المضاربة؛ لأنها لا تَفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة، ولأن صحتها تتوقَّف على القبض، فلا تبطل بالشرط كالهبة.

(**وللمُضارِب في مطلقِها**) أي: مطلق المضاربة، وهو ما لم يُقيَّد بمكانٍ أو زمانٍ أو نوعٍ من التجارة نحو أن يقول: «دفعتُ إليك هذا المال مضاربة» ولم يزد عليه: (**أن يَبِيع، ويَشترِي، ويُوكِّل بهما**) أي: بالبيع والشراء.

(**ويُسافِر**) بمال المضاربة بَرًّا وبحرًا ولو دفع المال في بلده على الظاهر.

وعن **أبي يوسف**: لا يسافر، وبه قال **الشافعي**[1].

وعن **الإمام**: إن دفع إليه المال في بلده: ليس له أن يسافر به.

وفي «القهستاني»: ولا يسافر سفرا مَخوفا يَتحامى الناس عنه في قولهم[2].

(**ويُبضِع**) -من «الإبضاع»، وهو: أن يدفع إلى غيره مالاً يَعمل فيه، ويكون الربح لرب المال-، (**ويُودِع، ويَرهَن، ويَرتهن، ويُؤاجِر، ويَستأجِر، ويَحتال بالثمن على الأيسَرِ وغيرِه**)؛ لأن كل ذلك من صنيع التجار.

(**ولو أبضَعَ**) المضارب (**ربُّ المال: صحَّ، ولا تفسُدُ به**) أي: بالإبضاع (**المضاربةُ**).

وقال **زفر**: تفسد؛ لأن رب المال حينئذ متصرف في مال نفسه، وهو لا يصلح أن يكون وكيلا فيه، فيكون مستردا له.

---

(١) «بحر المذهب» للروياني (٧/٨٥).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٢١).

وليس له أن يُضارِب إلا بإذنِ ربِّ المالِ أو بقولِه له: «اعمَلْ برأيِك»، ولا أن يُقرِض أو يَستدِين أو يهَبَ أو يَتصدَّق إلا بتنصيصٍ. فإن شَرَى بمالها بزًّا وقَصَرَه أو حَمَلَه بماله: فهو مُتبرِّعٌ وإن قيل له: «اعمَلْ برأيِك»، وله الخَلْطُ بماله والصَّبْغُ إن قيل له ذلك، ....

ولنا: أن التصرف في مال المضاربة صار حقا للمضارب، فيصلح أن يكون رب المال وكيلا عنه في التصرف فيه.

(**وليس له**) أي: للمضارب (**أن يُضارِب**) مال المضاربة لآخر (**إلا بإذنِ ربِّ المالِ**) صريحا، (**أو بقولِه له**) أي: للمضارب: («**اعمَلْ برأيِك**»)؛ لأن الشيء لا يَتضمَّن مثلَه، فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه كالوكيل لا يملك التوكيل إلا بقول الأصيل: «اعمَلْ برأيك»، بخلاف الإبضاع والإيداع؛ لأنهما دون المضاربة لا مثلها، فيتضمنهما.

(**ولا**) أي: ليس للمضارب (**أن يُقرِض أو يَستدِين**) بأن يشتري بأكثر من مال المضاربة، (**أو يهَبَ، أو يَتصدَّق**) وإن قيل له: «اعمَلْ برأيك»؛ لأن المراد بهذا القول التعميمُ في كل ما هو من صنيع التجار، وهذا ليس من صنيعهم؛ إذ الربح المقصود عندهم لا يحصل بها، (**إلا بتنصيصٍ**) من رب المال على الإقراض والاستدانة والهبة والتصدق، فحينئذ ملكها.

وفرَّع على الاستدانة بقوله:

(**فإن شَرَى بمالها**) أي: المضاربة (**بزًّا**) -بفتح الباء الموحدة والزاءِ المعجمة عند أهل الكوفة: ثياب الكتان، لا ثياب الصوف والخزِّ كما في «المغرب»[1]-، (**وقَصَرَه**) أي: غسَله بأجرة من ماله، -من: «قصَر، يقصُر -بالضم-، قَصْرا، وقَصارة، أو من: «قصَّر الثوب» -بالتشديد-؛ أي: جمَعه، فغسَله كما في «القهستاني»[2]-، (**أو حَمَلَه**) من موضع إلى آخره (**بماله**) أي: بمال المضارب، لا بمالها: (**فهو**) أي: المضارب (**مُتبرِّعٌ**)، فلا يرجع بماله على رب المال، (**وإن**) -وصلية- (**قيل له: «اعمَلْ برأيِك»**)؛ لأنه استدانة على رب المال بلا إذنٍ صريحٍ، فلو قصَّر بالنشاء: فحكمه حكم الصبغ.

(**وله**) أي: للمضارب (**الخَلْطُ بماله**) أي: المضارب، (**والصَّبْغُ**) بماله (**إن قيل له ذلك**) أي: «اعمَلْ برأيك».

---

(١) «المغرب» للمطرزي (ص: ٤٢).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٢١).

فلا يَضمَن به، ويصيرُ شريكًا بما زادَ الصبغُ، وحِصَّتُه له إذا بِيعَ، وحصَّةُ الثوبِ في المضاربة.

وإن قُيِّدتِ ببلدٍ أو سلعةٍ أو وقتٍ أو مُعامِلٍ معيَّنٍ: فليس له أن يَتجاوَز كما في الشركة، فإن تَجاوَزَ: ....

والمراد من «الصبغ»: أن يصبغه أحمر؛ لعدم الخلاف في كونه زيادة، بخلاف السواد؛ فإنه نقصان عند **الإمام**، لكن إطلاق المصنف يُشعِر أنه اختار قول **الإمامين**، وسكت عن قول **الإمام**، تتبَّعْ.

(**فلا يَضمَن**) المضارب (**به**) بالخلط ولا بالصبغ؛ فإنه مأذون فيه؛ لأن قوله: «اعمَلْ برأيك» ينتظمه، فلا يكون به متعديا، (**ويصيرُ**) المضارب (**شريكًا**) لرب المال (**بما زادَ الصبغُ**) فيه، (**وحِصَّتُه**) أي: حصة قيمة الصبغ (**له**) أي: للمضارب (**إذا بِيعَ**) المصبوغ، (**وحصَّةُ الثوبِ**) الأبيض (**في**) مال (**المضاربة**)، حتى: إذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ ألفا ومصبوغا ألفا ومائتين: كان الألف للمضاربة، ومائتا درهم للمضارب بدل ماله، وهو الصبغ، بخلاف القصارة والحمل، وتمامه في «العناية»[1]، فليطالع[١٢٨/أ].

(**وإن قُيِّدتِ**) المضاربة (**ببلدٍ**) معيَّنٍ بأن قال رب المال للمضارب: «دفعتُه مضاربة في الكوفة -مثلا-»، (**أو سلعةٍ**) أي: متاعٍ معيَّنٍ بأن قال: «دفعتُه مضاربة في الكرباس -مثلا-»، (**أو وقتٍ**) معيَّنٍ بأن قال: «دفعتُه مضاربة بالصيف -مثلا-»، (**أو مُعامِلٍ معيَّنٍ**) بأن قال: «دفعتُه مضاربة لفلان»: (**فليس له**) أي: للمضارب (**أن يَتجاوَز**) مما عيَّنه المالك؛ لأن المضاربة توكيل، وفي التخصيص فائدة؛ لأن التجارات تختلف باختلاف الأمكِنَة والأمتِعَة والأوقات والأشخاص.

وكذا ليس له أن يدفعه بضاعةً إلى من يُخرِجه من تلك البلدة.

وقال **مالك والشافعي**: إذا شرَط المالك أن لا يشتري إلا من رجل بعينه، أو سلعةٍ بعينها، أو ما لا يعمُّ وجوده: لا تصح المضاربة[2].

(**كما**) لا يتعدَّى الشريك (**في الشركة**) عما عيَّنه الشريك الآخر بشيء منها؛ (**فإن تَجاوَزَ**) المضارب بأن يَخرج إلى غير ذلك البلد فتصرَّف فيه، أو اشترى سلعة غير ما عيَّنه،

---

(١) «العناية» للبابرتي (٨/٤٧٦).

(٢) «مختصر المزني» (٨/٢٢١).

ضَمِن والربحُ له. فإن قال له: «عامِلْ أهلَ الكوفة» أو «... الصيارفةَ»، فعامَلَ في الكوفة غيرَ أهلِها أو صارَفَ مع غير الصيارفة: لا يكون مخالِفًا. وكذا لو قال: «اشترِ في سُوقها»، فاشترَى في غيره، بخلاف قوله: «لا تشترِ في غير السُّوق».

وإن قال: «خُذْ هذا المالَ تَعمَل به في الكوفة» أو «... فاعمَلْ به فيها» أو «خُذْه بالنصف فيها»: فهو تقييدٌ، ....

أو في وقت غير ما عيَّنه، أو باع مع غير من عيَّنه: (ضَمِنَ)؛ لأنه صار غاصبا بالمخالفة، وكان المشترَى له، (والربحُ له) أي: للمضارب، وعليه خسرانه.

ثم قيل: يَضمن بنفس الإخراج من البلد؛ لوجود المخالفة.

وقيل: لا يضمن ما لم يشترِ؛ لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء؛ فإن عاد: زال الضمان، فصار مضاربة على حاله بالعقد الأول.

(**فإن قال له**) أي: قال المالك للمضارب: (**«عامِلْ أهلَ الكوفة» أو**): «عامِلْ (**الصيارفةَ**)»، **فعامَلَ في الكوفة غيرَ أهلِها**) أي: الكوفةِ، (**أو صارَفَ**) أي: عامَل معاملة الصرف (**مع غير الصيارفة: لا يكون مخالِفًا**)، فيجوز؛ لأن فائدة الأول التقييد بالمكان، وفائدة الثاني التقييد بالنوع، هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك كما في «الهداية»[1].

(**وكذا**) لا يكون مخالفا (**لو قال: «اشترِ في سُوقها»**) أي: الكوفةِ، (**فاشترَى في غيره**) أي: غير سوق الكوفة؛ لأن أماكن المصر كلها سواءٌ في السِّعر والنقد والأمن، فيجوز، (**بخلاف قوله: «لا تشترِ في غير السُّوق»**)؛ فإنه حينئذ لا يجوز لو اشتراه في غيره، فيضمن؛ لأنه صرَّح بالحجر، والولايةُ إلى المالك، وفي «العناية» كلام[2]، فليطالع.

(**وإن قال**) المالك للمضارب: (**«خُذْ هذا المالَ تَعمَل به**) أي: بالمال (**في الكوفة**) -مرفوعا أو مجزوما-، (**أو**) «خذ هذا المال، (**فاعمَلْ به**) أي: بالمال (**فيها**)» أي: الكوفة، (**أو «خُذْه**) أي: المال مضاربة (**بالنصف فيها**)» أي: الكوفة: (**فهو تقييدٌ**)، فليس له أن يعمل في غير الكوفة؛ لأن قوله: «تعمل به» تفسير لقوله: «خُذْه»، والكلام المبهم إذا تعقَّبه تفسير: كان الحكم للتفسير، وكذا قوله: «فاعمَلْ به»؛ لأنه في معنى التفسير؛ لأن الفاء للوصل والتعقيب، والذي وصل الكلامَ المبهمَ وتعقَّبه: كان تفسيرا له.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٠٣).

(٢) «العناية» للبابرتي (٨/٤٥٥).

بخلاف: «خُذْه واعمَلْ به فيها».

وللمضارِبِ أن يَبِيع بنسيئةٍ ما لم يكن أجلًا لا يَبِيع إليه التجّار،........................

وكذا لو قال: «خُذْه مضاربة بالنصف»؛ لأن الباء للإلصاق، فيقتضي أن يكون العمل فيه.

وكذا لو قال: «خُذْه مضاربة بالنصف في الكوفة»؛ لأن «في» للظرف، وإنما تكون البلدة ظرفا إذا حصل الفاعل والفعل.

وكذا إذا قال: «خُذْه مضاربة على أن تعمل بالكوفة»؛ لأن «على» للشرط، فيتقيّد به كما في «التبيين»[1].

(**بخلاف**: «**خُذْه**) أي: المال مضاربة، (**واعمَلْ به فيها**») أي: في الكوفة؛ فإنه ليس بتقييد حتى لا يضمن في العمل في غيرها؛ لأن الواو للعطف، والشيءُ لا يعطف على نفسه، وإنما يعطف على غيره، وقد تكون للابتداء إذا كانت بعدها جملة، فتكون مشُورة لا شرطا للأول.

والضابط: أن رب المال متى ذكَر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفُّظ به ابتداء أو يمكن جعله مبنيًا على ما قبله: يُجعَل مبنيًا عليه كما في الألفاظ الثلاثة السابقة التي تذكر في المتن، وإن استقام الابتداء به: لا يبنى على ما قبله، ويجعل مبتدأ كما في اللفظ الأخير.

(**وللمضارِبِ أن يَبِيع بنسيئةٍ**) متعارفة عند التجار كسَنةٍ أو دونها (**ما لم يكن أجلًا لا يَبِيع إليه التجّار**) كعشرين سنة -مثلا-.

وعند **الأئمة الثلاثة**: لا يبيع بنسيئة إلا بإذنه؛ لأن البيع بالنسيئة يوجب قصر يد المضارب عن التصرُّف، فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة، فلا يجوز إلا بالإذن[2].

ولنا: أن البيع بالنسيئة من صنيع التجار، وهو أقرب إلى تحصيل الربح الذي هو مقصود رب المال؛ فإنه بالنسيئة أكثر منه بالنقد، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أن يشتري سفينة للركوب، وله أن يستكريها؛ اعتبارا لعادة التجار كما في «الهداية»[3].

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٦٠).

(٢) «أسنى المطالب» للسنيكي (٢/٣٨٥)، و«المدونة» للإمام مالك (٣/٦٤٢)، و«المغني» لابن قدامة (٥/٢٩).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٠٨).

وإن باعَ بنقدٍ ثم أخَّر: صحَّ إجماعا.

وله أن يَأذَن لعبدِ المضاربةِ في التجارة.

وليس له أن يُزوِّج عبدًا أو أمةً من مالِها. ولا أن يَشترِي به من يَعتِق على ربِّ المال، فإن شَرَى: كان له، ....

(**وإن باعَ**) المضارب (**بنقدٍ، ثم أخَّر**) أي: الثمن: (**صحَّ إجماعا**).

أما عندهما: فإن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى، إلا أن المضارب لا يضمن؛ لأن له أن يقابلَ ثم يبيعَ نسيئة، ولا كذلك الوكيل؛ لأنه لا يملك ذلك.

وأما عند **أبي يوسف**: فلأنه يملك الإقالةَ ثم البيعَ بالنسأ، بخلاف الوكيل؛ لأنه لا يملك الإقالة كما في «الهداية»[1][١٢٨/ب].

(**وله**) أي: للمضارب (**أن يَأذَن لعبدِ المضاربةِ**) أي: العبد الذي اشتراه من مال المضاربة (**في التجارة**) في الرواية المشهورة؛ لأنه من صنيع التجار.

وعن **محمد**: لا يملك ذلك؛ لأنه بمنزلة الدفع مضاربة.

(**وليس له**) أي: للمضارب (**أن يُزوِّج عبدًا أو أمةً من مالِها**) أي: مال المضاربة؛ لأن التزويج ليس من التجارة مع أن عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة، فلا يملك التزويج وإن كان اكتسابا بجهة أخرى.

وعن **أبي يوسف**: أن المضارب يزوج الأمة؛ لأنه من الاكتساب؛ إذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة.

وفيه إشارة إلى: أنه لا يحل وطء جارية المضاربة؛ رَبِح أو لا، وأَذِن به أو لا كما في «القهستاني»[2].

(**ولا**) يجوز للمضارب (**أن يَشترِي به**) أي: بمال المضاربة (**من يَعتِق على ربِّ المال**)؛ سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال، أو بسبب اليمين كقوله: «إن ملكتُه: فهو حر»؛ لأن حصول الربح غير متصوَّر بالعتق، فعقدُ المضاربة يُنافِيه، (**فإن شَرَى**) المضارب به من يعتق عليه: (**كان**) الشراء (**له**) أي: لنفس المضارب، ويضمن؛ دفعا للضرر،

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٠٨).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/١٢٢).

لا لها. ولا أن يَشترِي من يَعتِق عليه إن كان في المال ربحٌ؛ فإن فَعَلَ: ضَمِنَ، وإن لم يكن ربحٌ: صحَّ، فإن حَدَثَ ربحٌ بعد الشراء: عَتَقَ نصيبُه ولا يَضمَن، بل يَسعَى المُعتَق في نصيبِ ربِّ المال.

ولو اشتَرَى المضارِبُ بالنصف أمةً بألِفٍ وقيمتُها ألفٌ، فولَدتْ ولدًا يُساوِي ألفا، فادَّعاه مُوسِرا ....

(**لا لها**) أي: لا يكون للمضاربة؛ لأن الشراء نافذ على المشتري؛ لكونه أصيلا في حق البائع.

(**ولا**) يجوز للمضارب (**أن يَشترِي من يَعتِق عليه**) أي: على المضارب (**إن كان في المال ربحٌ**)؛ لأنه يعتق نصيبه، ويفسد نصيب رب المال بسببه، أو يعتق على الاختلاف الذي مضى بيانه في العتق.

والمراد من «الربح» هنا: أن تكون قيمةُ العبد المشترَى أكثرَ من رأس المال؛ سواء كان في جملة رأس المال ربحٌ أو لا، حتى: لو كان المال ألفا، فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألفٌ، فأعتقهما المضارب: لا يصح عتقه، وأما بالنسبة إلى استحقاق المضارب: فأن يظهر في الجملة ربحٌ، حتى: لو أعتقهما رب المال في هذه الصورة: صحَّ، وضَمِن نصيب المضارب منهما، وهو: خمسمائة؛ موسرا كان أو معسرا كما في «المنح»[1].

(**فإن فَعَلَ**) أي: اشترى من يعتق عليه وقيمتُه أكثر من رأس المال: (**ضَمِنَ**) أي: المضارب؛ لأنه مشريّ لنفسه.

(**وإن لم يكن**) في المال (**ربحٌ: صحَّ**) شراؤه؛ لأنه لا يعتق عليه؛ إذ لا ملك للمضارب فيه؛ لكونه مشغولا برأس المال، فيمكنه أن يبيعه للمضاربة، فيصح.

(**فإن حَدَثَ ربحٌ بعد الشراء**) بأن كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال أو أقلَّ، ثم ازدادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال: (**عَتَقَ نصيبُه**) أي: نصيب المضارب؛ لكونه مالكا قريبه، (**ولا يَضمَن**) لرب المال شيئا من قيمته؛ لعدم صنعه في زيادتها، فصار كما إذا وَرِثه مع غيره، (**بل يَسعَى المُعتَق**) -بفتح التاء- (**في**) قيمة (**نصيبِ ربِّ المال**) منه؛ لاحتباس رأس المال ونصيبِه من الربح عنده.

(**ولو اشتَرَى المضارِبُ بالنصف أمةً بألِفٍ وقيمتُها**) أي: الأمة (**ألفٌ**)، فوَطِئها، (**فولَدتْ ولدًا يُساوِي ألفا، فادَّعاه**) أي: ادَّعى المضارب الولد حال كونه (**مُوسِرا**) أي: في حال

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٨٨/أ).

فصارت قِيمتُه ألفًا ونصفَه: استَسْعاه ربُّ المال في ألفٍ ورُبُعِه أو أعتَقه، فإذا قبَض الألفَ: ضمِن المدَّعي نصفَ قيمةِ الأمة.

باب المضارِب يُضارِب: فإن ضارَبَ المضاربُ بلا إذنٍ: ....

يساره، (**فصارت قِيمتُه**) أي: قيمة الولد (**ألفًا ونصفَه**) أي: خمسمائة: (**استَسْعاه**) أي: الغلامَ إن شاء (**ربُّ المال في ألفٍ ورُبُعِه**) أي: ربع الألف، وهو: مائتان وخمسون، (**أو أعتَقه**) أي: أعتق رب المال الغلام إن شاء، (**فإذا قبَض**) رب المال (**الألفَ**) من الغلام: (**ضمِن المدَّعي**) أي: المضارب (**نصفَ قيمةِ الأمة**).

وذلك؛ لأن دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا؛ لأنه يُحمَل على أنه ولده من النكاح بأن زوَّجها البائع له، ثم باعها منه وهي حبلى منه؛ حَملا لأمره على الصلاح، لكن لا تفيد[1] هذه الدعوة؛ لعدم الملك وهو شرط فيها؛ إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال، فلا يظهر الربح فيه؛ لِما عُرِف: أن مال المضاربة إذا صارت أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال: لا يظهر الربح عندنا؛ لأن بعضها ليس بأولى به من البعض، فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الأمة ولا في الولد، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف، فلا ينفذ دعوته، فإذا زادت قيمته، فصارت ألفا وخمسمائة: ظهر الربح، فملَك المضاربُ منه نصف الزيادة، فنفذت دعوته؛ لوجود شرطها وهو الملك، بخلاف ما إذا أعتق الولد، ثم ظهر الربح: حيث لا ينفذ إعتاقه السابق؛ لأنه إنشاء، فإذا بطل لعدم الملك: لا ينفذ بعده بحدوثه.

وأما الدعوة: فإخبار، فإذا رد في حق غيره: فهو باقٍ في حق نفسه، فإذا ملكه بعد ذلك: نفذت دعوته؛ كما إذا أَخبَر بحرية عبدٍ لغيره: يُردُّ إخباره، فإذا ملَكه بعد ذلك: صار حرًّا كما في «الدرر»[2][١٢٩/أ].

هذا: (**باب**) -يُقرَأ بالتنوين وعدمِه- (**المضارِب يُضارِب**[3]) مع آخر.

مضاربةُ المضارب مركَّبة، فلهذا أخَّرها عن المفرد.

(**فإن ضارَبَ المضاربُ**) أي: دفع المضارب مال المضاربة إلى آخَر مضاربة (**بلا إذنٍ**)

---

(١) هكذا في الأصل، و«الدرر» (٣١٣/٢)، وفي «رد المحتار» لابن عابدين (٦٥٢/٥): «لا تنفذ».

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٣١٣/٢-٣١٤).

(٣) قوله: «يضارب» حال من «المضارب» أو صفة له؛ لكونه في معنى النكرة على طريقة قوله: «ولقد أمر على اللئيم يَسبُّني». (داماد، منه).

فلا ضمانَ ما لم يَعمَل الثاني في ظاهر الرواية، وهو قولهما، وفي رواية الحسن عن الإمام: لا يَضمَن بالعمل أيضا ما لم يَربَح. وإن كانتِ الثانيةُ فاسدةً: فلا ضمانَ وإن رَبِحَ، وحيث ضَمِنَ: فلربِّ المال تضمينُ أيِّهما شاء في المشهور، ....

من رب المال: (**فلا ضمانَ**) على المضارب إذا هلَك المال بمجرد الدفع (**ما لم يَعمَل**) المضارب (**الثاني**) في المال، وإذا عمل: ضَمِن الدافعُ ربحَ الثاني أولا (**في ظاهر الرواية**) عن **الإمام**[1]، (**وهو قولهما**).

(**وفي رواية الحسن عن الإمام: لا يَضمَن بالعمل أيضا ما لم يَربَح**) أي: الثاني.

وقال **زفر**: يضمن بالدفع؛ تصرَّف أو لم يتصرَّف، وهو رواية عن **أبي يوسف**، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[2]؛ لأنه دفَع ماله إلى غيره بلا أمرٍ، فيضمن.

ولنا: أنه كالإيداع قبل العمل، وهو يملك الإيداع بنفسه.

وجه ظاهر الرواية: أن الربح إنما يحصل بالعمل، فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله في صيرورة المال مضمونا به.

هذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة.

(**وإن كانتِ الثانيةُ فاسدةً: فلا ضمانَ**) على الأول (**وإن**) -وصلية- (**رَبِحَ**) الثاني؛ لأنه أجير، والأجيرُ لا يستحق شيئا من الربح، فلا تثبت المضاربة، وله أجر مثله على المضارب الأول، فيكون الربح بين الأول وربِّ المال على ما شرطَا له.

(**وحيث ضَمِنَ**) أي: حيث لزم الضمان بعمل الثاني في ظاهر الرواية، وبالربح في رواية الحسن عنه: (**فلربِّ المال تضمينُ أيِّهما شاء**) بإجماع أصحابنا (**في المشهور**) من الرواية؛ أي: خُيِّر رب المال؛ إن شاء: ضمَّن المضارب الأول رأس ماله لتعدِّيه عليه، وإن شاء: ضمَّن الثانيَ؛ لقبضه بغير إذن المالك، وإن اختار رب المال أن يأخذ الربح ولا يضمن: ليس له ذلك كما في «المبسوط»[3].

---

(١) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ٢١١).

(٢) «الغرر البهية» للسنيكي (٢٨٨/٣)، و«المدونة» للإمام مالك (٦٤٣/٣)، و«الكافي» لابن قدامة (١٥٥/٢).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (٩٩/٢٢).

وقيل: على الخلاف في إيداع المودَع.

وإن أَذِنَ له بالمضاربة، فضارَبَ بالثُّلُث وقيل له: «ما رَزَقَ الله بيننا نصفان» أو «... فلي نصفه» أو «ما فَضَلَ فنصفان»: فنصفُ الربحِ لربِّ المال، وثُلُثُه للثاني، وسُدُسه للأول. وإن دَفَعَ بالنصف: فنِصفُه ....

فإن ضمَّن الأولَ: صحت المضاربة بينه وبين الثاني؛ لأنه ملكه بالضمان من حين خالَف بالدفع إلى غيره، لا على الوجه الذي رضي به، فصار كما إذا دفع مال نفسه وكان الربح على ما شرَطَا، وإن ضمَّن الثانيَ: رجع بما ضَمِن على الأول بالعقد؛ لأنه عاملٌ له كالمودع، ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد، وصحت المضاربة بينهما، ويكون الربح بينهما على ما شرَطَا، ويطيب للثاني ما رَبِح؛ لأنه يستحقُّه بالعمل ولا خبث في العمل، ولا يطيب للأول؛ لأنه يستحقُّه بملكه المستند بأداء الضمان، ولا يعرى عن نوع خبث كما في «الهداية»[1].

(**وقيل: على الخلاف في إيداع المودَع**) أي: يضمَّن الأول فقط، ولا يضمَّن الثاني عند **الإمام**، **وعندهما**: يضمَّن بناء على اختلافهم في مودَع المودَع؛ فإن **عنده**: لا يضمن، **وعندهما**: يتخير.

والفرق بينهما **للإمام**: أن مودَع المودَع كان يقبضه لنفع الأول، فلا يكون ضامنا، أما المضارب الثاني: فيعمل فيه لنفع نفسه، فجاز أن يكون ضامنا.

(**وإن أَذِنَ**) رب المال (**له**) أي: للمضارب بالدفع إلى آخر (**بالمضاربة، فضارَبَ**) المضارب (**بالثُّلُث و**) الحال أنه قد[2] (**قيل له**) أي: وكان رب المال قال للمضارب الأول: («**ما رَزَقَ الله بيننا نصفان**» **أو**) «ما رزق الله (**فلي نصفه**)» أو «(**ما فَضَلَ**) من رأس المال (**فنصفان**)»)، فعمل الثاني، ورَبِح: (**فنصفُ الربحِ لربِّ المال، وثُلُثُه للثاني**) أي: للمضارب الثاني، (**وسُدُسه للأول**) أي: للمضارب الأول؛ لأن الدفع إلى الثاني مضاربة؛ لأنه بإذن المالك، وقد شرَط لنفسه نصف جميعِ ما رزَق الله تعالى، وقد جعل المضارب الأول للثاني ثُلُثه، فينصرف ذلك إلى نصيبه؛ لأنه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيئا، فيبقى للأول السُّدُس، ويَطِيب ذلك لكلِّهم؛ لأن رب المال يَستحقُّه بالمال، وهما بالعمل.

(**وإن دَفَعَ**) المضارب الأول للثاني (**بالنصف**) والمسألة بحالها: (**فنِصفُه**) أي: الربح

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٠٥).

(٢) لفظة: «قد» في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» من صلب المتن.

لربِ المال، ونصفُه للثاني، ولا شيءَ للأول. وإن شَرَطَ للثاني الثُّلُثَين: فكما شَرَطَ، ويَضمَن الأولُ للثاني سُدُسًا.

وإن كان قيل له: «ما رَزَقَك الله...» أو «ما ربحتَ بيننا نصفان»، فدَفَعَ بالثُّلُث: فلكلٍّ منهم ثُلُثُه. وإن دَفَعَ بالنصف: فللثاني نصفٌ، ولكلٍّ من الأولِ وربِّ المال رُبُعٌ. ولو شَرَطَ لعبدِ ربِّ المال ثُلُثًا ليَعمَل معه ولربِّ المال ثُلُثًا ولنفسه ثُلُثًا: صحَّ.

(لربِّ المال، ونصفُه للثاني) أي: للمضارب الثاني، (ولا شيءَ للأول)؛ لأن المالك شرَط لنفسه جميع الربح، فانصرف شرطُ الأول النصفَ للثاني إلى نصيبه، فيكون للثاني بالشرط، ويخرج الأول بغير شيء؛ لأنه لم يبق له.

(وإن شَرَطَ) الأول (للثاني الثُّلُثَين) أي: ثلثَي الربح والمسألة بحالها: (فكما شَرَطَ)، يعني: لرب المال النصفُ، وللمضارب للثاني الثلثان، (ويَضمَن) المضارب (الأولُ للثاني سُدُسًا) أي: سدس الربح من ماله؛ لأن المالك شرَط النصف لنفسه، فله ذلك، واستحقَّ المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الأول؛ لأن شرطه صحيح لكونه معلوما، لكن لا ينفذ في حق المالك؛ إذ لا يقدر أن يغير شرطه، فيَغرَم له قدر السدس تكملة للثلثين؛ لالتزامه بالعقد.

(وإن كان قيل له) أي: للمضارب الأول، يعني: قال له رب المال: («ما رَزَقَك الله...» أو «ما ربحتَ بيننا نصفان»، فدَفَعَ) المضارب لآخر مضاربة[١٢٩/ب] (بالثُّلُث)، فعمل الثاني، وربح، (فلكلٍّ منهم) أي: لكل واحد من المالك والمضارب الأول والثاني: (ثُلُثُه)؛ لأن ثلث الربح مشروط للثاني، وما بقي من الربح ثلثان، وهو مرزوق للأول، فنصف الثلثين هو الثلث لرب المال على ما شرَط، ولا يبقى للأول إلا الثلث، ويطيب لهم أيضا.

(وإن دَفَعَ) المضارب لآخر مضاربة (بالنصف) في هذه الصورة: (فللثاني نصفٌ) الربح، (ولكلٍّ من) المضارب (الأولِ وربِّ المال رُبُعٌ) الربح؛ لأن الأول شرَط للثاني نصف الربح، وذلك مفوض إليه من جهة رب المال، فيستحقه، وقد جعل رب المال لنفسه نصفَ ما رَبح الأول ولم يربح إلا النصف، فيكون بينهما.

(ولو شَرَطَ) المضارب (لعبدِ ربِّ المال ثُلُثًا) من الربح (ليَعمَل) العبد (معه) أي: مع المضارب، (و) شَرَطَ (لربِّ المال ثُلُثًا) من الربح، (ولنفسه ثُلُثًا: صحَّ) ذلك؛ لأن اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم من المالك؛ سواء عليه دينٌ أو لا؛ لأن للعبد يدا معتبرة، فيكون منفردا خصوصا إذا كان مأذونا، واشتراطُ العمل إذنٌ له، فتكون حصته للمولى إن لم يكن على العبد دينٌ، وإلا: فهو لغرمائه إن شرط عمله، وإلا: فهو للمولى.

وتَبطُل بموت أحدِهما وبلحاقِ ربِّ المال مرتَدًّا، ....

قوله: «معه» عاديٌّ، وليس بقيد، بل يصح الشرط، ويكون للمولى وإن لم يشترط عمله.

قيَّد بـ«عبد رب المال»؛ لأن عبد المضارب لو شُرِط له شيء من الربح، ولم يُشترَط عمله: لا يجوز، ويكون ما شُرِط لرب المال إذا كان على العبد دين، وإلا: يصح؛ سواء شرط عمله أو لا، ويكون للمضارب.

وقيَّد بـ«كون العاقد المولى»؛ لأنه لو عقَدها المأذون مع أجنبي، وشرَط عمل مولاه: لم يصح إن لم يكن عليه دين، وهو الأصح عند **الإمام**، خلافا **لهما**.

وقيَّد بـ«اشتراط عمل العبد»؛ لأن اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد، وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه أو عمل رب المال مع الثاني.

ولو شرَط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب: لم يصح، ويكون لرب المال، ولو شرَط لمن شاء المضارب؛ فإن شاءه لنفسه أو لرب المال: صحَّ، وإن شاءه لأجنبي: لم يصح كما في «البحر»[1].

(**وتَبطُل**) المضاربة (**بموت أحدِهما**) أي: بموت المالك أو المضارب؛ لكونها وكالة، وهي تبطل به، ولا يورث، (و) تبطل أيضا (**بلحاقِ ربِّ المال**) بدار الحرب حال كونه (**مرتَدًّا**) -العياذ بالله- إذا حُكِم بلحوقه من يومٍ ارتدَّ، وانتقل ملكه إلى ورثته، فلم يتصرف المضارب بعد ذلك في المال، إلا إذا كان متاعا أو عروضا: فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال.

قيَّد بـ«لحوقه»؛ لأنه لو ارتدَّ ولم يلحق: فتصرُّفه موقوف، فإن عاد بعد لحوقه مسلما: فالمضاربة على حالها كما في «البحر»[2]، بخلاف الوكيل، والفرق: أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل، ولم يتعلق به حقُّ الوكيل بخلاف المضارب، لكن ينبغي أن يكون هذا إذا لم يُحكَم بلحوقه، أما إذا حُكِم: فلا تعود المضاربة؛ لأنها بطلت كما هو ظاهر كلام الأتقاني[3]، لكن في «العناية»: تعود؛ سواء حُكِم بلحاقه أو لا[4].

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٦٧).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٦٧).

(٣) «غاية البيان» لأمير كاتب الأتقاني (٤/٢٧/أ).

(٤) «العناية» للبابرتي (٨/٤٦٧).

لا بلحاقِ المضارِب.

ولا يَنعزِل بعزله ما لم يَعلَم به. فإن عَلِمَ والمالُ عُروضٌ: فله بيعُها، ولا يَتصرَّف في ثمنِها. وإن كان نقدًا من جنس رأسِ المالِ: لا يَتصرَّف فيه، وإن كان من غيرِ جنسِه: فله تبديلُه بجنسِه استحسانًا.

ولو افترَقَا وفي المال دينٌ على الناس: لَزِمَه الاقتضاءُ إن كان رَبِحَ، وإلا: فلا،........

(**لا**) تبطل المضاربة (**بلحاقِ المضارِب**) **إجماعا**؛ لأن تصرفات المرتد إنما تتوقف عند **الإمام** للتوقف في أملاكه، ولا مِلكَ للمضارب في مال المضاربة، فبقيت المضاربة على حالها، فإن مات أو قُتِل أو لَحِق وحُكِم بلحاقه: بطلت المضاربة كما في «السراج»[١].

(**ولا يَنعزِل**) المضارب (**بعزله**) أي: بعزل رب المال إياه (**ما لم يَعلَم**) المضارب (**به**) أي: بالعزل؛ لأنه وكيل من جهته، فيشترط فيه العلم بعزله، (**فإن عَلِمَ**) المضارب بعزله (**والمالُ عُروضٌ: فله**) أي: للمضارب (**بيعُها**) أي: العروض مطلقا؛ لأن له حقا في الربح، ولا يظهر إلا بالنقد، فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك، (**ولا يَتصرَّف في ثمنِها**) أي: في ثمن العروض التي باعها؛ لأن البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح، ولا حاجة إليه بعد النقد، ولا يملك المالك فسخها في الحالة؛ لأن للمضارب حقا في الربح كما في «البحر»[٢].

(**وإن كان**) مال المضاربة (**نقدًا من جنس رأسِ المالِ**) أي: مالِ عقد المضاربة حين أَعلَمه بعزله: (**لا يَتصرَّف**) المضارب (**فيه**) أي: النقد؛ لعدم الحاجة إليه وهو معزول، (**وإن كان**[٣]) المال (**من غيرِ جنسِه**) أي: غير جنس رأس المال: (**فله**) للمضارب (**تبديلُه بجنسِه**) أي: إذا كان رأس المال دراهم وهو معزول ومعه دنانير: له بيعها بالدراهم (**استحسانًا**)؛ لأن الواجب للمضارب أن يردَّ مثل رأس المال، وهو يتحقق بردِّ جنسه، فكان له تبديله بجنسه ضرورة.

وفي القياس: لا يُبدِّل؛ لأن النقدين جنس واحد من حيث الثمنية.

(**ولو افترَقَا**) أي: المضارب ورب المال بالفسخ (**و**) كان (**في المال دينٌ على الناس: لَزِمَه**) أي: المضاربَ (**الاقتضاءُ**) أي: مطالبة الدين شرعا (**إن كان**) فيه (**رَبِحَ**)؛ لأنه يأخذ الأجر، فعليه عمل الطلب، (**وإلا**) أي: وإن لم يكن فيه ربح: (**فلا**) يلزم الاقتضاء؛ لأنه وكيل

---

(١) «السراج الوهاج» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢٣٢/أ).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٦٨).

(٣) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «كان».

ويُوكِّل المالكَ به. وكذا سائرُ الوُكَلاء. والبيّاعُ والسِّمسارُ يُجبَران عليه.

وما هَلَكَ من مالِ المضاربة: صُرِفَ إلى الربح أوّلا، فإن زادَ على الربح: لا يَضمَن المضارِبُ. فإن اقتسَمَاه وفُسِختْ، ثم عُقِدتْ، فهَلَكَ المال أو بعضه: لا يَترادَّان الربحَ، ...

محض وهو متبرع، فلا جبر على المتبرع، (ويُوكِّل) المضارب (المالكَ به) أي: بالاقتضاء؛ لأن المضارب هو العاقد، وحقوق العقد تتعلق لعاقد، فلا بد من توكيله المالك في الطلب إذا امتنع؛ كي لا يضيع حق رب المال، حيث لا يَدفع المديونُ الدينَ إليه، وإنما يدفعه إلى من عقد معه أو إلى وكيله.

(وكذا) أي: مثل هذا حكمُ (سائرِ الوُكَلاء)؛ فإنهم إذا امتنعوا عن الاقتضاء: يُوكِّلون الملاك[١٣٠/أ].

(والبيّاعُ): مَن باع الناسَ بأجر، (والسِّمسارُ) -بالكسر-: المتوسط بين البائع والمشتري يبيع ويشتري للناس بأجر من غير أن يستأجر، (يُجبَران عليه) أي: على الاقتضاء؛ لوجود سبب الإجبار، وهو: العمل بأجرة عادة، فجُعِل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة، فيجب عليهما التقاضي والاستيفاء؛ لأنه وصل إليهما بدل عملهما، فصارا كالمضارب إذا كان في المال ربح.

(وما هَلَكَ من مالِ المضاربة: صُرِفَ إلى الربح أوّلا) دون رأس المال؛ لأنه تابع، ورأسُ المال أصل، فينصرف الهالك إلى التابع كما في مال الزكاة إلى العفو ابتداء، (فإن زادَ) الهالك (على الربح: لا يَضمَن المضارِبُ)؛ لكونه أمينا؛ سواء كان من عمله أو لا، ويُقبَل قوله في هلاكه وإن لم يعلم ذلك كما قيل في الوديعة، وسواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة فهي أمانة عند الإمام، وعندهما: إن كانت فاسدة: فالمال مضمون كما في «المنح»[١]، وهو قول الطحاوي، لكن ظاهر الرواية عدم الضمان في الكل كما قرَّرناه في قوله: «ولا يضمن المال فيها».

(فإن اقتسَمَاه) أي: المضارب والمالك الربحَ، (وفُسِختِ) المضاربة، (ثم عُقِدتِ) المضاربة جديدا، (فهَلَكَ المال أو بعضه) في يد المضارب: (لا يَترادَّان) أي: المضارب والمالك (الربحَ) المقسوم؛ لأن المضاربة الأولى قد انتهت، وثبوتُ الثانية بعقد جديد، فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما لو دفع إليه مالا آخر.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٩٠/أ).

وإن اقتسَمَاه من غيرِ فسخٍ: تَرادَّاه حتى يَتِمَّ رأسُ المال. فإن فَضَلَ شيءٌ: اقتسَمَاه، وإن لم يَفِ: فلا ضمانَ على المضارب.

فصل: ولا يُنفِق المضارِبُ من مالِها في مصرِه أو في مصرٍ اتَّخَذه دارًا، ولا في الفاسدة.

فإن سافَرَ: فطعامُه وشرابُه من مالها بالمعروف. وكذا كِسوتُه وركوبُه شراءً واستِئجارًا.

(**وإن اقتسَمَاه من غيرِ فسخٍ**)، ثم هلَك المال كله أو بعضه: (**تَرادَّاه**) أي: المضارب والمالك الربحَ المقسومَ (**حتى يَتِمَّ رأسُ المال**)؛ لأن الربح تابعٌ، فلا يسلم بدون سلامة الأصل.

(**فإن فَضَلَ شيءٌ**) من الربح بعدما استوفى رأس المال: (**اقتسَمَاه**) أي: ما فضل؛ لأنه ربح، (**وإن لم يَفِ**) أي: ربحُ ما هلك من رأس المال: (**فلا ضمانَ على المضارب**)؛ لأنه أمين فيه.

(فصل)
في المُتفرِّقات

(**ولا يُنفِق المضارِبُ من مالِها**) أي: من مال المضاربة (**في مصرِه**) الذي وُلِد فيه، (**أو في مصرٍ اتَّخَذه دارًا**) أي: وطنا؛ إذ لا يحتبس فيه لعمل المضاربة، بل يسكن فيه بالسكنى الأصلي، عمل أو لم يعمل.

قيَّد بـ«اتخذه وطنا»؛ لأنه لو نوى الإقامة في مصر، ولم يتخذه وطنا: فنفقتُه من مال المضاربة.

(**ولا**) ينفق (**في**) المضاربة (**الفاسدة**)؛ لأنه أجير ولا نفقة له.

(**فإن سافَرَ**) المضارب للتجارة في مال المضاربة: (**فطعامُه وشرابُه من**[1] **مالها**) أي: مال المضاربة؛ لأن النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة، فإذا سافر: صار محبوسا به، فتجب مؤنته الراتبة فيه.

خلافا للشافعي[2].

(**بالمعروف**) أي: بحيث لا يعد مثل هذا الإنفاق في عرفهم إسرافا.

(**وكذا كِسوتُه**) بالمعروف، (**وركوبُه شراءً واستِئجارًا**)، وعلف الدابة التي يركبها في

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «في».

(٢) «جواهر العقود» للأسيوطي (١/١٩٥).

وكذا أجرةُ خادمِه، وفراشٌ ينامُ عليه، وغسلُ ثيابِه، والدُّهْنُ في موضعٍ يَحتاجُ فيه إليه.

وضَمِنَ ما كان زائدًا على العادة.

ونفقَتُه في مصره من ماله كالدواء. ويرُدُّ ما بَقِيَ من كسوةٍ وغيرِها إذا قَدِمَ إلى رأسِ المال، وما دون السفر كسُوقِ المصر ....

سفره، وحوائجه. و«الرَّكوب» -بالفتح-: المركوب.

(**وكذا أجرةُ خادمِه**) أي: خابزه، وطابخه، وغاسل ثيابه، وعامل ما لا بد له منه؛ اعتبارا لعادة التجار، (**وفراشٌ ينامُ عليه، وغسلُ ثيابِه**) مستدرك بقوله: «وخادمه» إلا أن يراد به ثمن ما يغسل به مثل الحرض والصابون كما في «الكفاية».

(و) كذا (**الدُّهْنُ**) -بفتح الدال وسكون الهاء- بمعنى: الادِّهان (**في موضعٍ يَحتاجُ فيه إليه**) أي: إلى الدهن كالحجاز.

وكذا أجرة الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب.

وإنما قلنا: «اعتبارا لعادة التجار»؛ لأن غسلَ الثياب ونحوه ليس مما لا بد له منه، فكان ينبغي أن لا يكون من مال المضاربة كأجرة الحمام، ولكن في عادة التجار لا بد منه؛ ليزداد رغبات الناس في معاملتهم، ولا يعدُّونهم في عداد المفاليس.

(**وضَمِنَ**) المضارب (**ما كان زائدًا على العادة**)؛ لانتفاء الإذن.

(**ونفقَتُه**) أي: المضارب (**في مصره من ماله**)؛ لِما مرَّ أنها جزاء الاحتباس.

هذا تصريح بما علم ضمن قوله: «ولا ينفق المضارب من مالها في مصره»، فلو اقتصر لكان أخصر.

(**كالدواء**)؛ فإنه من ماله في ظاهر الرواية؛ لأن الحاجة إلى النفقة دائمة، بخلاف الدواء؛ لأنه قد يمرض وقد لا يمرض، فلا يعد من جملة النفقة؛ سواء كان في السفر والحضر، فيكون من ماله كزوجة يكون دواؤها من مالها.

وعن **الإمام**: أن الدواء من مال المضاربة؛ لأنه لا يتمكن من التجارة إلا به، فيصير كالنفقة.

(**ويرُدُّ ما بَقِيَ من كسوةٍ وغيرِها**) كالطعام ونحوه (**إذا قَدِمَ**) من السفر إلى مسكنه (**إلى رأسِ المال**)؛ لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر، (**وما دون السفر كسُوقِ المصر**) في كون

إن أَمكَنَه أن يَغدُو ويَبِيت في أهله، وإلا: فكالسفرِ.

وليس للمُستبضِع الإنفاقُ من مالها. ويُؤخَذ ما أَنفَقَه المضارِبُ من الربح أوَّلا، وما فَضَلَ: قُسِمَ.

وإن سافَرَ بمالِه ومالِ المضاربة، أو بمالَين لرجلَين: أَنفَقَ بالحصَّة. وإن باعَ متاعَ المضاربةِ مرابحةً: حَسَبَ ما أَنفَقَه عليه من حملٍ ونحوِه، ....

نفقته في ماله لا في مال المضاربة (**إن أَمكَنَه أن يَغدُو ويَبِيت في أهله**)؛ لأن أهل السوق يتَّجرون في أسواق المصر، ويبيتون في منازلهم مع أن ذهابهم وإيابهم لمصالح أنفسهم لا للغير، (**وإلا**) أي: وإن لم يمكنه أن يغدو ويبيت بأهله (**فكالسفرِ**) في كون نفقته في مال المضاربة لا في مال نفسه؛ لأن ذهابه قد صار للمضاربة يقينا.

(**وليس للمُستبضِع الإنفاقُ من مالها**) أي: من مال البضاعة؛ لأنه كالوكيل، فيكون متبرعا، فلا تجب له النفقة.

(**ويُؤخَذ ما أَنفَقَه المضارِبُ من الربح أوَّلا**)، يريد: أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة، فرَبِح: يأخذ المالك من الربح[١٣٠/ب] مقدار ما أنفقه المضارب من رأس المال؛ ليُكمِل رأس المال، (**وما فَضَلَ**) من الربح: (**قُسِمَ**) بينهما على ما شرَطا، فتكون النفقة مصروفة إلى الربح لا إلى رأس المال.

وفيه إشارة إلى: أنه إن لم يربح: تجب النفقة من رأس المال كما في «الفرائد»(١).

ولو أنفق المضارب من ماله، ثم هلك مال المضاربة: لم يرجع على رب المال.

(**وإن سافَرَ**) المضارب (**بمالِه ومالِ المضاربة**)، أو خلَط ماله بمال المضاربة بإذن رب المال، (**أو**) سافَر (**بمالَين لرجلَين: أَنفَقَ بالحصَّة**) أي: تَوزَّع النفقة على قدر الحصص من المال.

(**وإن باعَ**) المضارب (**متاعَ المضاربةِ مرابحةً: حَسَبَ ما أَنفَقَه**) أي: المضارب (**عليه**) أي: على المتاع (**من**) أجرة (**حملٍ ونحوِه**) مما جرت العادة بين التجار بضمه كأجرة السِّمسار والقصَّار والصبَّاغ، وقال: «قام عليَّ بكذا»؛ لأن هذه الأشياء تزيد في القيمة، وتَعارَف التجار إلحاقها برأس المال في بيع المرابحة، فلهذا قال في «التنوير»: وكذا يضم

---

(١) «الفرائد» للسواسي (٥٥٥/ب).

لا نفقَةَ نفسِه.

ولو شَرَى مضاربٌ بالنصف بألِفِ المضاربةِ بزًّا، وباعَه بألفَين، واشتَرَى بهما عبدًا، فضاعَا في يده قبلَ نقدِهما: يَغرَم المضاربُ رُبعَهما والمالكُ الباقيَ، ورُبعُ العبدِ للمضارِب وباقِيه للمضاربةِ، ورأسُ المال ألفانِ وخمسُمائةٍ، ولا يَبِيعه مرابحةً إلا على ألفَيْن، فلو بِيعَ بأربعةِ آلافٍ: فحصَّةُ المضاربةِ ثلاثةُ آلافٍ، ....

إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار[1]، وهذا هو الأصل كما في «النهاية»[2].

(لا) يحسب (نفقَةَ نفسِه) أي: المضاربِ في سفره إذا باع مرابحة؛ لأنها لا تزيد في القيمة.

(ولو شَرَى مضاربٌ بالنصف بألِفِ المضاربةِ بزًّا، وباعَه) أي: البزَّ (بألفَين، واشتَرَى بهما عبدًا، فضاعَا) أي: الألفان (في يده) أي: المضارب (قبلَ نقدِهما) أي: ألفين: (يَغرَم المضاربُ رُبعَهما) أي: ربع الألفين، وهو: خمسمائة، (و) يغرَم (المالكُ الباقيَ)، وهو: ألف وخمسمائة؛ لأن المال لمَّا صار ألفين: ظهر الربح في المال -وهو: ألف-، فكان بينهما نصفين، فنصيب المضارب منه خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبدا: صار مشتركا بينهما؛ فربعه للمضارب، وثلاثة أرباعه للمالك، ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد: كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد؛ فربعه على المضارب، وثلاثة أرباعه على المالك.

(ورُبعُ العبدِ للمضارِب، وباقِيه) وهو: ثلاثة أرباعه (للمضاربةِ)؛ لأن نصيب المضارب خرج عن المضاربة؛ لأنه صار مضمونا عليه، ومال المضاربة أمانة، وبينهما تنافٍ، ونصيب رب المال على المضاربة؛ لعدم ما ينافيها.

(ورأسُ المال)، وهو جميع ما دفَع ربُّ المال إلى المضارب (ألفانِ وخمسُمائةٍ)؛ لأنه دفع إليه مرة ألفا، وأخرى ألفا وخمسمائة.

(ولا يَبِيعه) أي: المضارب العبد (مرابحةً إلا على ألفَيْن)، ولا يقول: «قام عليَّ بألفين وخمسمائة»؛ إذ الشراء وقع بألفين، فلا تضم الوضيعة التي وقعت بسبب الهلاك في يد المضارب، (فلو بِيعَ) العبد المذكور بعد ذلك (بأربعةِ آلافٍ: فحصَّةُ المضاربةِ ثلاثةُ آلافٍ) بعد

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨١).

(٢) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٥١/أ-٢٥١/ب).

والربحُ منها خمسُمائةٍ بينهما.

ولو اشتَرَى ربُّ المال عبدًا بخمسِمائةٍ، فباعَه من المضارب بألفٍ: لا يَبِيعه مرابحةً إلا على خمسِمائةٍ.

ولو اشتَرَى مضاربٌ بالنصف بألفِ المضاربةِ عبدًا يَعدِل ألفَين، فقَتَلَ رجلا خطأً: فرُبعُ الفداءِ عليه، وباقِيه على المالك. وإذا فُدِيَ: خَرَجَ عن المضاربة، ويَخدُم المضاربَ يومًا والمالكَ ثلاثةَ أيامٍ.

رفع المضارب حصته وهي الألف؛ لأنه لمَّا ضمن ربع العبد: كان ربعه ملكه خاصة، فالألف ربعُه؛ لكون ثمنه أربعة آلاف، ثم يرفع منها رأس المال وهو ألفان وخمسمائة، (**والربحُ منها خمسُمائةٍ بينهما**) أي: بين المضارب والمالك، فتكون حصة كل منهما خمسين ومائتين.

(**ولو اشتَرَى ربُّ المال عبدًا بخمسِمائةٍ، فباعَه من المضارب بألفٍ: لا يَبِيعه**) المضارب العبد (**مرابحةً إلا على خمسِمائةٍ**)، ولا يقول: «قام عليَّ بألف»؛ لأن بيعه من المضارب كبيعه من نفسه؛ لأنه وكيله، فيكون بيع ماله بماله، فيكون كالمعدوم.

وكذا لو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدا بخمسمائة، فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة؛ لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم.

(**ولو اشتَرَى مضاربٌ بالنصف بألفِ المضاربةِ عبدًا يَعدِل**) أي: تساوي قيمتُه (**ألفَين، فقَتَلَ**) ذلك العبد (**رجلا**) قتلا (**خطأً**)، فأُمِر بالدفع أو الفداء، فإذا دفعَا العبد إلى ولي المقتول: انتهت المضاربة بهلاك مالهما بالدفع بلا بدل.

وكذا إن فديَا: خرج العبد عن المضاربة، أما خروج حصة المضارب: فلتقرُّر ملكه في العبد بالفداء، فصار كالقسمة، وأما خروج حصة المالك: فلسلامة الحصة منه بضمان الفداء.

(**فرُبعُ الفداءِ عليه**) أي: المضارب، (**وباقِيه**) وهو: ثلاثة أرباعه (**على المالك**)؛ لأن الفداء مؤنة الملك، فيتقدَّر بقدره وقد كان الملك بينهما أرباعا، فكذا الفداء.

(**وإذا فُدِيَ**) -على بناء المجهول-، يعني: إذا فديَا: صار العبد لهما، ولكن (**خَرَجَ عن المضاربة**)، فبقي أرباعا، (**ويَخدُم المضاربَ يومًا والمالكَ ثلاثةَ أيامٍ**) بحكم الاشتراك بينهما؛ لأنه بحكم الفداء كأنهما اشترياه، ولو اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك: فله الفداء.

ولو اشترى بألفِ المضاربةِ عبدًا، وهَلَكَ الألفُ قبلَ نقدِه: دَفَعَ المالكُ الثَّمنَ، ثمَّ وثمَّ، وجميعُ ما دَفَعَ رأسُ المال.

ولو كان مع المضاربِ ألفانِ، فقال: «دفعتَ إليَّ ألفًا، ورَبِحتُ ألفًا»، وقال المالك: «بل دفَعتُ إليك الألفَين»: فالقولُ للمضارِب، ....

ثم اعلم أن العبد المشترى في المضاربة إذا جنى خطأ: لا يدفع بها حتى يحضر المضارب والمالك؛ سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقلَّ أو أكثر، وكذا لو كانت قيمته ألفا لا غير: لا يدفع إلا بحضرتهما.

والحاصل: أنه تشترط حضرة المالك والمضارب للدفع دون الفداء، إلا إذا أبى المضارب الدفع والفداء، وقيمته مثل رأس المال: فلرب المال دفعه لتعيُّنه، فإن كان أحدهما غائبا وقيمة العبد ألفا درهم، ففداه الحاضر: كان متطوعا كما في «البحر»[1].

وذكر قاضي خان: أن المضارب ليس له الدفع والفداء وحده؛ لأنه ليس من أحكام المضاربة، فلهذا كان إليهما.

(**ولو اشترى بألفِ المضاربةِ عبدًا، وهَلَكَ الألفُ قبلَ نقدِه**) أي: قبل دفعه إلى البائع: (**دَفَعَ المالكُ الثَّمنَ**)، يعني: ألفا آخر[١٣١/أ]، (**ثمَّ**[2]) إذا جهز المالك ألفا آخر ليدفعه، وهلكت قبل النقد: يدفع إليه نقدا آخر، (**وثمَّ**) كذلك إلى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن إلى البائع؛ لأن هلاك الأمانة كهلاكها في يد المالك، (**وجميعُ ما دَفَعَ**) المالك[3] من الألفين والثلاثة والأكثر (**رأسُ المال**)؛ لأن المال في يد المضارب أمانة دون استيفاء؛ لأن حكم الأمانة يُنافيه، وليس فيه تضييع حق رب المال؛ لأنه يلتحق برأس المال، بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء إلا مرة واحدة؛ فإن قبضه بعد الشراء استيفاء، فيصير مضمونا عليه، فلا يرجع على الموكل مرة أخرى.

(**ولو كان مع المضاربِ ألفانِ، فقال**) المضارب لرب المال: («**دفعتَ إليَّ ألفًا، ورَبِحتُ ألفًا**»، **وقال المالك: «بل دفَعتُ إليك الألفَين»: فالقولُ للمضارِب**).

وقال زفر: القول لرب المال، وهو قول الإمام أولا؛ لأن المضارب يدَّعي الربح

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٧٢).

(٢) من هنا يبتدأ الخط المغاير لخط المصنف.

(٣) في الأصل، ر: «وقع للمالك»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥١٥).

ولو اختَلفَا مع ذلك في قدر الربح: فللمالكِ.

ولو قال: «من معه ألفٌ قد رَبِحَ فيها هي مضاربةُ زيدٍ»، وقال زيدٌ: «بضاعةٌ»: فالقولُ لزيدٍ. وكذا لو قال ذو اليد: «هي قرضٌ»، وقال زيدٌ: «بضاعةٌ» أو «وديعةٌ» أو «مضاربةٌ».

ولو قال المضارِبُ: «أَطلَقتَ»، وقال المالك: «عيَّنتُ نوعًا»: فالقولُ للمضارِب، .....

والشركة فيه وربُّ المال ينكره: فالقول قول المنكر، ثم رجع وقال: «القول قول المضارب»، وهو قولهما؛ لأنهما اختلفَا في المقبوض، والقول في مقداره للقابض ولو ضَمينا؛ اعتبارا بما لو أنكره أصلا: فإن القول له.

(ولو اختَلفَا مع ذلك) أي: مع الاختلاف في رأس المال (في قدر الربح: فللمالكِ) أي: فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط؛ لأن الربح يستحق بالشرط، وهو مستفاد من جهته، فأيهما أقام البينة على ما ادَّعاه من فضلٍ: قُبِلت، وإن أقاماها: فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال، والبينة بينة المضارب في دعواه الزيادة في الربح.

(ولو قال: «من معه ألفٌ قد رَبِحَ فيها) -الجملة حال أو صفة «ألف»- (هي مضاربةُ زيدٍ»، وقال زيدٌ): «بل[1] (بضاعةٌ) أَبضَعتُه لك»: (فالقولُ لزيدٍ)؛ لأن من معه ألفٌ يدَّعي عليه تقويمَ عمله أو شرطا من جهته أو الشَّرِكةَ في ماله وهو ينكر: فالقول قول المنكر.

(وكذا لو قال ذو اليد: «هي قرضٌ»، وقال زيدٌ): «بل (بضاعةٌ» أو «وديعةٌ» أو «مضاربةٌ»): يكون القول لزيد وهو رب المال، والبينة للذي في يده المال؛ لأنه يدَّعي عليه تمليك الربح وهو ينكر، ولو كان بالعكس بأن ادَّعى رب المال القرضَ والمضاربُ المضاربة: فالبينة بينة المضارب؛ لأن رب المال يدعي عليه الضمان وهو ينكر، وأيهما أقام البينة: قُبِلت، وإن أقاماها: فبينة رب المال أولى؛ لأنها مثبتة[2] للضمان.

(ولو قال المضارِبُ) لرب المال: («أَطلَقتَ»، وقال المالك: «عيَّنتُ نوعًا) من التجارة»: (فالقولُ للمضارِب) مع يمينه؛ لأن الأصل فيه العموم والإطلاق، والتخصيصُ يصير لعارض الشرط، وتُقبَل بينة من أقامها، فإن أقاماها؛ فإن وقَّتا وقتًا قبل صاحبها[١٣١/ب]: يقضي بالمتأخرة، وإن لم يوقِّتا أو وقَّتا على السواء أو وقَّت إحداهما دون الأخرى: قضى ببينة رب

---

(١) هكذا في الأصل، والمطبوع (٥١٥/٢)، وفي بقية النسخ كلها ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: من صلب المتن.

(٢) في الأصل، ر، م: «منبثة»، والمثبت من ح، ن، ر، والمطبوع (٥١٥/٢).

ولو ادَّعَى كلٌّ نوعًا: فللمالكِ.

المال كما في «البحر»[1].

(**ولو ادَّعَى كلٌّ**) أي: كل واحد من المالك والمضارب (**نوعًا**) مغايرا لِما يدَّعيه الآخر: (**فللمالكِ**) أي: القول للمالك مع يمينه؛ لأنهما اتفقَا على التخصيص، والإذنُ يستفاد من جهته، والبينةُ للمضارب؛ لاحتياجه إلى نفي الضمان، ولو وقَّت البينتان وقتًا: فصاحب الوقت الأخير أولى؛ لأن آخر الشرطين ينقض الأول كما في «الهداية»[2].

فإن قلت: إن البينة للإثبات لا للنفي.

وأجيب: بأن إقامة البينة على صحة تصرُّفه، ويلزمها نفي الضمان، فأقام صاحب «الهداية» اللازم مقام الملزوم.

وفي «المنح»: وإن لم يوقِّتا أو وقَّتا على السواء أو وقَّتت إحداهما دون الأخرى: فالبينة للمالك، وإن كان المالك يدعي العموم: فالقول قوله قياسا واستحسانا كما في «الذخيرة»[3].

** ** **

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٧٣).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٧٢).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٩٢/ب)، و«فتاوى الذخيرة» لابن مازة (١١/٣٧٨).

كتاب الوديعة: «الإيداع»: تسليطُ المالكِ غيرَه على حفظِ مالِه. و«الوديعة»: ما يُترَك عند الأمينِ للحفظ. ....

(كتاب الوديعة)

لا خفاء في اشتراكها مع ما قبلها في الحكم وهو الأمانة.

وهي:

* **في اللغة**: مشتقَّة من «الوَدْع»، وهو: مطلق «الترك»، قال ﷺ: «**لَيَنتهِيَنَّ أقوام عن ودعهم الجماعات**»[(١)]؛ أي: عن تركها، يقال له: «مودَع» -بفتح الدال-، ولتاركها: «مودِع» -بكسرها-.

* **وفي الشريعة**: («**الإيداع**»: **تسليطُ المالكِ غيرَه على حفظِ مالِه**) صريحا أو دلالة؛ لِما قال في «المحيط»: لو انفتق زِقُّ رجل، فأخذه رجل، ثم تركه، ولم يكن المالك حاضرا: يَضمن[(٢)]؛ لأنه لمَّا أخذه: فقد التزم حفظه دلالة، وإن لم يأخذه ولم يزق منه: لا يضمن، وإن كان المالك حاضرا: لا يضمن في الوجهين.

(و«**الوديعة**»: **ما يُترَك عند الأمينِ للحفظ**) مالا كان أو غيره.

وركنها: الإيجاب؛ **صريحا** كقوله: «أودعتُك هذا المال»، أو **كناية** كما لو قال الرجل: «أعطِني ألف درهم»، أو قال رجل: «أعطِنِيه» فقال: «أعطيتُك»، فهذا على الوديعة كما في «المنح»[(٣)]، أو **فعلا** كما لو وضَع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئا: فهو إيداع، أما لو قال: «لم أقبَلْه»: لم يَضمن بالهلاك؛ لأن الدلالة لا يُعارَض بالصريح.

والقبولُ من المودَع صريحا كقوله[(٤)]: «قبلتها» ونحوه، أو دلالة كما لو سكت عند وضعه بين يديه؛ لِما قال في «الخلاصة»: لو وضع كتابه عند قوم، فذهبوا، وتركوه: ضمنوا إذا ضاع، وإن قام[(٥)] واحد بعد واحد: ضمن الأخير؛ لأنه تعيَّن للحفظ، فتعيَّن الضمان،

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٧٩٤) بلفظه، والنسائي في «سننه» (١٣٧٠)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٢٢٩٠/١٤٢/٤)، وأبو يعلى الموصلي في «مسنده» (٥٧٤٢/١١١-١١٠/١٠) بلفظ: «**الجُمُعات**» بدل: «**الجماعات**».

(٢) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٤٦٦/٥).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢٩٣/٢/ب).

(٤) في الأصل، ر، والمطبوع (٥١٥/٢): «قوله»، والمثبت من بقية النسخ.

(٥) في الأصل، ر، ح، غ: «أقام»، والمثبت من م، ن، والمطبوع (٥١٥/٢).

وهي أمانةٌ،..

ولهذا لو وضع ثيابه بمرأى الثيابي: كان إيداعا وإن لم يتكلم، ولا يكون الحمامي مودعا ما دام الثيابي حاضرا، فإن كان غائبا: فالحمامي مودع، ولو قال لصاحب الخان: «أين أربطها»، فقال: «هناك»: كان إيداعا.

وفي «البزازية»:

* لَبِس ثوبا بمرأى الثيابي، فظن الثيابي أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير: ضمن، هو الأصح.

* ولو نام الحمامي، وسرق الثوب؛ إن نام قاعدا: لا يضمن، وإن مضطجعا: يضمن[(١)].

وشرطُها: كونُ المال قابلا لإثبات اليد عليه[١٣٢/أ] حتى لو أودع الآبق الطير في الهواء والمالَ الساقط في البحر: لا يصح.

وكونُ المودع مكلَّفا شرطٌ لوجوب الحفظ عليه، حتى: لو أودع صبيًّا، فاستهلكها: لم يضمن، ولو كان عبدا محجورا: ضمن بعد العتق كما سيأتي، ولو كان الوديعة عبدا، فقتله: ضمن عاقلة الصبي قيمته، وخُيِّر مولى العبد بين الدفع والفداء.

وحكمُها: وجوب الحفظ، وصيرورة المال أمانة في يده، ووجوب أدائه عند طلب مالكه.

وشرعية الإيداع: بقوله تعالى: ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وأداءُ الأمانة لا يكون إلا بعدها، وبالسنة؛ لأنه ﷺ كان يودع ويستودع، وبالإجماع على أن قبول الوديعة من باب الإعانة وهي مندوبة؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ﴾ [المائدة: ٢]، وقوله عليه السلام: «**والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه**»[(٢)].

(**وهي**) أي: الوديعة (**أمانةٌ**).

الفرق بين «الوديعة» و«الأمانة» بالعموم والخصوص؛ لأن الوديعة خاصة والأمانة عامة، وحملُ العام على الخاص صحيح دون العكس؛ كما يقال: «الإنسان حيوان»، ولا يقال: «الحيوان إنسان».

---

(١) «الفتاوى البزازية» (١/٤٦٠).

(٢) أخرجه مسلم في «صحيحه» ٣٨-(٢٦٩٩)، والترمذي في «سننه» (١٤٢٥)، وأبو داود في «سننه» (٤٩٤٦)، وابن ماجه في «سننه» (٢٢٥).

فلا يضمن بالهلاك.

---

* فالوديعة هي: الاستحفاظ قصدا، والأمانة: ما يقع في يده من غير قصد بأن هبَّت الريح بثوب إنسان وألقَتْه في حجر غيره.

* وفي الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ بعد الخلاف كما في «النهاية» و«الكفاية»[(١)].

وقال يعقوب باشا: وفيه كلام، وهو: أنه إذا اعتُبِر في إحداهما القصدُ وفي الأخرى عدمُه: كان بينهما تبايُنٌ، لا عمومٌ وخصوصٌ، والأَولى أن يقال: والأمانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى[(٢)]، انتهى.

لكن يمكن الجواب بأن المراد بقوله: «والأمانة: ما يقع في يده من غير قصد»: كونُها بلا اعتبار قصدٍ، لا إن عدم القصد معتبر فيها حتى يلزمَ التباين، بل هي أعم من الوديعة؛ لأنها تكون بالقصد فقط، والأمانة قد تكون بالقصد وبغيره، تدبَّرْ.

وما في «العناية» من أنه: «قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو: التسليط على الحفظ، وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك، فإنها قد تكون بغير عقد»[(٣)]: فيه كلام، وهو: أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى، لا أنها أعمُّ منها؛ لأن التسليط على الحفظ فعل المودِع وهو المعنى، والأمانة عينٌ من الأعيان، فيكونان متباينَيْن، والأَولى أن يقول: «الوديعة»: ما تُترَك عند الأمين كما في هذا المختصر.

(**فلا يضمن**[(٤)]) أي: لا يضمن المودَع الوديعة بغير تعدٍّ (**بالهلاك**)؛ سواء أمكن التحرُّز عنه أو لا، هلَك معها للمودَع شيء أو لا؛ لقوله عليه السلام: «**ليس على المستودع غير المغل ضمان**»[(٥)]، ولأن شرعيَّتها لحاجة الناس إليها، ولو ضمنَّا المودع: امتنع الناس عن

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٥٥/أ)، و«الكفاية» للكورلاني (٧/٤٥١).

(٢) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١١٢/ب).

(٣) «العناية» للبابرتي (٨/٤٨٤).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «تضمن».

(٥) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/٤٥٦/٢٩٦١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٤٧٣/١٢٧٠٠) مرفوعا، وقال الدارقطني: «وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع»، وقد أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/١٧٨/١٤٧٨٢)، والدارقطني في «سننه» (٣/٤٥٦/٢٩٦١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/١٥٠/١١٤٨٦) من قول شريح القاضي.

=

وللمودَع أن يَحفَظها بنفسِه وعيالِه.........................

قبولها، وفي ذلك تعطيل المصالح، واشتراطُ الضمان على الأمين باطل، وبه يفتى كما في أكثر المعتبرات[١].

واستثنى صاحب «الدرر»، فقال: إلا أن يموت المودَع مُجهِلا؛ أي: لم يبين حال الوديعة: فإنه حينئذ يكون متعديا فيَضمن، كذا الأمناء؛ أي: كل أمين مات مجهلا لحال الأمانة: يضمن إلا متوَلِّيًا أخَذ الغلة ومات مجهلا، وسلطانا أَودَعَ بعضَ الغانمين بعضَ الوديعة ومات مجهلا؛ أي: بلا بيان المودَع، وقاضيا أودع مال اليتيم ومات مجهلا[١٣٢/ب]؛ أي: بلا بيان المودع[٢]، انتهى.

لكن الأولى الموافق لما في «الخلاصة»: «وأَودَعَ بعضَ الغنيمة بعضَ الناس»، لكن الانحصار على الثلاثة لا يليق؛ لأن الوصي إذا مات مُجهِلا: فلا ضمان عليه، وكذا الأب إذا مات مُجهِلا مال ابنه، وكذا إذا مات الوارث مُجهِلا ما أودعه عند مورِّثه، وكذا إذا مات مُجهِلا لِما أَلْقَتْه الريح في بيته، وكذا إذا مات مُجهِلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه، وكذا إذا مات الصبي مُجهِلا لما أودع عنده محجورا، وكذا لو مات أحد المتفاوضين ولم يُبيِّن حال المال الذي في يده: لم يضمن نصيب شريكه.

(**وللمودَع أن يَحفَظها**) أي: الوديعة (**بنفسِه**) في داره ومنزله وحانوته ولو إجارةً أو عاريةً، (**وعيالِه**) من زوجته وولده ووالديه وأَجيره للمساكنة؛ سواء كانوا في نفقته أو لا، وكذا لو حفظت الزوجة الوديعة بزوجها، فضاعت: لا تضمن الزوجة؛ لأنه ساكن معها بلا نفقة منها.

والمراد من «الأجير»: التلميذ الخاص الذي استأجره مسانهة أو مشاهرة بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه، وولدُه الكبير إن كان في عياله دون الأجير المياومة.

وعند الشافعي وأشهب المالكي: يضمن بالدفع[٣].

= وفي الباب حديث: «من أُودِع وديعة: فلا ضمان عليه» حيث أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢٤٠١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٤٧٣/١٢٧٠٠) مرفوعا.

(١) «جامع الفصولين» للشيخ بدر الدين (٢/٩٥)، و«مجمع الضمانات» للغزنوي (ص: ٦٨)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٧٤).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٤٥).

(٣) «البيان» للعمراني (٦/٤٨٧)، و«المدونة» للإمام مالك (٩/٢١٧).

وله السفرُ بها عند عدمِ النهيِ والخوفِ، خلافا لهما فيما له حملٌ ومُؤنةٌ. وإن حَفِظَها بغيرهم:..

وشُرِط كون من في عياله أمينا، فلو دفع إلى زوجته وهي غير أمينة، وهو غير عالم بذلك أو تركها في بيته الذي فيه ودائع الناس، وذهب، فضاعت: ضمن كما في «الخلاصة».

(**وله**) أي: للمودَع (**السفرُ بها**) أي: بالوديعة (**عند عدمِ النهيِ**) عن المالك (**والخوفِ**) على الوديعة بالإخراج بأن كان الطريق أمينا لا يَقصد أحد بسوء غالبا، ولو قصده: يمكنه دفعه بنفسه أو برفقته هذا عند الإمام[1]؛ سواء كان له حِمل ومؤنة أو لا؛ لأن الأمر مطلق، فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان.

وأما إذا قال: «احفَظْها في هذا المصر، ولا تُخرِجْها منه»؛ فإن كان سفرا له بُدٌّ منه: ضَمِن، وإن كان سفرا لا بد منه؛ وإن كان في المصر من في عياله: فكذلك؛ لأنه أمكنه تركُها في أهله، وإلا: لم يضمن، ويضمن لو سافر بها في البحر **إجماعا**.

(**خلافا لهما فيما له حملٌ ومُؤنةٌ**)؛ لأن الظاهر من حال صاحبها أنه لا يرضى به، فيتقيَّد، لكن قيل: عند **أبي يوسف**: إذا كان السفر بعيدا: فليس له ذلك فيما له حمل ومؤنة، **وعند محمد**: ليس له السفر بها بعيدا كان أو قريبا فيما له حمل ومؤنة.

وقال **الشافعي**: [ليس له ذلك][2] في الوجهين[3].

(**وإن**[4] **حَفِظَها**) أي: المودَعُ الوديعةَ (**بغيرهم**) أي: بغير من في عياله، فضاعت: (**ضَمِنَ**) المودع أو ذلك الغير كما في «القهستاني»[5]؛ لأن صاحبها لم يرضَ بيد غيرٍ، والأيدي تختلف في الأمانة، ولكن روي عن **محمد**: أن المودَع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله: لا يضمن.

وفي «النهاية»: وعليه الفتوى، ثم قال: وعن هذا لم يشترط في «التحفة» في حفظ

---

(١) في الأصل، ر، م زيادة: «أولا»، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٥١٦/٢).

(٢) ليست في الأصل، ر، م، والزيادة من ح، ن، غ، والمطبوع (٥١٧/٢).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٥٠١/٤).

(٤) هكذا في الأصل، م، ن، والمطبوع (٥١٧/٢)، وفي ر، ح، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فإن».

(٥) «جامع الرموز» للقهستاني (٨٧/٢).

ضَمِنَ، إلا إذا خاف الحَرقَ أو الغَرقَ: فدَفَعَها إلى جارِه أو إلى سفينةٍ أخرى.

فإن طَلَبَها ربُّها، فحَبَسَها وهو قادرٌ على تسليمِها: صارَ غاصبًا. ....

الوديعة بالعيال[1].

(**إلا إذا خاف**) المودع (**الحَرقَ**) بأن وقعت نارٌ -العياذ بالله- في داره، فخاف هلاك الوديعة، (**أو**) خاف (**الغَرقَ**) كذلك: (**فدَفَعَها**) أي: الوديعة (**إلى جارِه**) في صورة الحرق، (**أو**) دفعها[2][١٣٣/أ] (**إلى سفينةٍ أخرى**) في صورة الغرق، فضاعت: لا يضمن[3]؛ لأنه لا يمكنه أن يحفظها في هذه الحالة إلا بهذا الطريق، فصار مأذونا فيه دلالة، ولهذا قال في «الخلاصة»: امرأة حضرَتْها الوفاة وعندها وديعة، فدفعَتْها إلى جارة لها، فهلكت عندها؛ إن لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد في عيالها: لا يضمن.

وفي «التبيين»: هذا إذا لم يمكنه أن يدفعها إلى من هو في عيالها، وإن أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعياله، فدفعها إلى الأجنبي: يضمن؛ لأنه لا ضرورة له فيه، وكذا: لو ألقاها في سفينة أخرى، وهلكت قبل أن يستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدَحْرُج: يضمن؛ لأن الإتلاف حصل بفعله[4].

وفي «المنح»: إن ادَّعى المودع التسليم إلى جاره أو إلى فُلْك آخر: صُدِّق إن عُلِم وقوعُه -أي: الغرقِ- ببينة، وإن لم يُعلَم: لا يُصدَّق[5].

(**فإن طَلَبَها**) أي: الوديعة (**ربُّها، فحَبَسَها**) أي: حبَس المودع الوديعة (و) الحال (**هو قادرٌ على تسليمِها**) أي: الوديعة: (**صارَ غاصبًا**)، فيضمن إن ضاعت؛ لوجود التعدي بمنعه، وهذا؛ لأنه لمَّا طالبه: لم يكن راضيا بإمساكه بعده، فيضمنها بحبسه عنه.

وفيه إشارة:

* إلى أنه: لو استردَّها، فقال: «لم أقدر أن أحضر هذه الساعة»، فترَكها، فهلَكت: لم يضمن؛ لأنه بالترك صار مودعا ابتداء.

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٥٤/ب)، و«تحفة الفقهاء» للسمرقندي (٣/٢٧٥).

(٢) لفظة: «دفعها» من صلب المتن في الأصل، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥١٧).

(٣) في الأصل، ر، م: «(فضاعت: لا يضمن)»؛ أي: أنها من صلب المتن، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥١٧).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٧٧).

(٥) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٩٤/ب).

وكذا لو جَحَدَه إياها وإن أقرَّ بعده، بخلافِ جَحْدِها عند غيره.

* وإلى أنه: لو استردَّها، فقال: «اطلُبْها غدا»، فلما كان من الغد: قال: «هلكت»: لم يضمن إن هلكت قبل قوله: «اطلُبْها» كما في «القهستاني»[١].

* وإلى أنه: لو طلَب وقت الفتنة، ولم يرُدَّها خوفا على نفسه أو على ماله بأن كان مدفونا مع ماله: لا يضمن كما في «شرح المجمع»[٢].

(**وكذا**) يَضمن إن هلكت (لو) طلبها[٣] صاحبها، و(**جَحَدَه**) أي: جحد عند مالكها - على حذف المضاف بقرينة مقابله، وهو قوله: «بخلاف جحدها عند غيره» (**إياها**) أي: الوديعة بأن قال: «لم تُودِعْني» (**وإن**) -وصلية- (**أقرَّ بعده**) أي: بعد الجحود؛ لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة، فصار غاصبا بعده، (**بخلافِ جَحْدِها**) أي: الوديعة (**عند غيره**) أي: غيرِ المودع: فإنه لا يضمن.

وقال زفر: يضمن؛ لأن بالجحود صار غاصبا، فيضمن.

ولنا: أن إنكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة؛ خوفا عليها من طمع طامع، فلا يكون موجبا للضمان بخلاف حضرته.

وفيه إشارة:

* إلى أنه لو قال له: «ما حال وديعتي عندك» ليشكر على حفظها، فجحدها: لا ضمان عليه.

* وإلى أن المودع لو ادَّعى أن المالك وهَبها منه أو باعها له، وأنكر صاحبها، ثم هلكت: لا يضمن كما في «الخلاصة».

* وإلى أن تكون الوديعة منقولا؛ لأنها [لو كانت][٤] عقارا: لا يضمن بالجحود عند الشيخين، خلافا لمحمد كما في «التبيين»[٥].

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٨٧).
(٢) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٤٣٦).
(٣) في الأصل، م من صلب المتن، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥١٧).
(٤) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥١٧).
(٥) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٧٩).

وإن خَلَطَها بمالِه بحيث لا تَتميَّز؛

*** فإن بجنسِها: ضَمِنَ، وانقَطَع حقُّ المالك منها في المائع وغيرِه عند الإمام، وعندهما: في غير المائع للمالك أن يَشرَكه إن شاءَ،** ....

وفي «البحر»: هذا إذا نقلها من مكانها وقت الإنكار؛ لأنه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده، فهلكت: لا ضمان عليه[1].

وقال صاحب «المنح»:

* ولو جحَد الوديعة، ثم ادَّعى ردها بعد ذلك، وبَرْهَن على الرد قبْلَ برهانه، وبرئ منها قبل الجحود، وقال: «غلطت في الجحود» أو «نسيت» أو «ظننت أني دفعتها، وأنا صادق في قولي: لم يَستودِعْني»: فإن بيِّنَته تقبل في قول الشيخين.

* وفي الأقضية لو قال: «لم يستودعني»، ثم ادَّعى الرد والهلاك: لا يصدق.

* ولو قال: «ليس له عليَّ شيء»، ثم ادَّعى الرد أو الهلاك: يصدق، وتمامه فيه[2]، فليطالع.

(وإن خَلَطَها) أي: المودع الوديعة (بمالِه) بغير إذن المالك؛ لأنه إن خلَطها بإذنه: كان شريكا فيها، (بحيث لا تَتميَّز؛ فإن) خلَطها (بجنسِها) كخلط الحنطة بالحنطة في غير المائع، واللبنِ باللبن في المائع: (ضَمِنَ[١٣٣/ب]) المودع؛ لأنه صار مستهلكا لها، وإذا ضمنها: ملكها، (وانقَطَع حقُّ المالك منها) أي: من الوديعة (في المائع وغيرِه عند الإمام)، لكن قالوا: لا يباح له التناول قبل أداء الضمان.

قيَّد بكون المودع هو الخالط؛ لأنه لو كان أجنبيًّا أو من في عياله: لا يضمن المودع، والضمانُ على الخالط صغيرا كان أو كبيرا، ولا يضمن أبوه لأجله كما في «الخلاصة».

(وعندهما: في غير المائع للمالك أن يَشرَكه إن شاءَ)؛ لأن هذا الخلط استهلاكٌ من وجه دون وجه آخر؛ إذ لم يتعذر وصول المالك إلى عين ماله حكما بالقسمة؛ إذ القسمة فيما يكال ويوزن إفرازٌ معتبَرٌ شرعا.

وله: أن الخلط استهلاكٌ من كل وجه؛ لتعذر وصول المالك إلى عين ماله حقيقة، فينقطع ملك المالك على المخلوط، والقسمةُ ليست بموصلة إلى عين حقه بل وسيلة إلى

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٧٧/٧).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٩٥/٢/ب-١٩٦/أ).

وكذا في المائع عند محمد، وعند أبي يوسف: يصير الأقلُّ تابعًا للأكثر فيه.

*** وإن بغيرِ جنسِها كبُرٍّ بشعيرٍ وزيتٍ بشَيْرَجٍ: ضَمِنَ، وانقَطَع حقُّ المالك إجماعًا.**

وإن اختَلَطتْ بلا صُنعِه: اشترَكَا إجماعًا.

وإن تَعدَّى فيها بأن كانت ثوبًا فلَبِسَه، أو دابَّةً فرَكِبها، أو عبدًا فاستَخْدَمه: ضَمِنَ فإن أزالَ التعدِّيَ: زالَ الضمان، ....

الانقطاع ضرورة.

(وكذا) للمالك أن يشركه (في المائع) إن شاء (عند محمد)؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس.

(وعند أبي يوسف: يصير الأقلُّ تابعًا للأكثر فيه)؛ اعتبارا للغالب أجزاء.

وفي «التسهيل» اعتراض[1]، فليطالع.

وعند الأئمة الثلاثة: في الخلط بالجنس لا يضمن[2].

(وإن) خَلَطَها (بغيرِ جنسِها كبُرٍّ بشعيرٍ وزيتٍ بشُيْرَجٍ: ضَمِنَ) المودَع، (وانقَطَع حقُّ المالك إجماعًا)؛ لأن هذا استهلاك حقيقة، فيوجب الضمان بالإجماع.

وفيه إشارة إلى: أنه لو خلَط على وجه تتميَّز: لم يضمن.

(وإن اختَلَطتِ) الوديعة بمال المودَع (بلا صُنعِه) أي: المودع: (اشترَكَا) أي: المودِع والمودَع (إجماعًا)؛ لأن الضمان لا يجب عليه إلا بالتعدِّي ولم يوجد، وكانت شركة ملك، فالهالك من مالهما، فلم يضمن.

(وإن تَعدَّى) المودع (فيها) أي: الوديعة (بأن كانت ثوبًا[3] فلَبِسَه أو دابَّةً فرَكِبها أو عبدًا فاستَخْدَمه)، فهلكت: (ضَمِنَ)؛ لأنه استهلاكٌ معنًى.

(فإن أزالَ[4] التعدِّيَ) بأن ترَك اللبس أو الركوب أو الاستخدام سليما: (زالَ الضمان).

---

(١) «التسهيل» للشيخ بدر الدين (ص: ١٠٨٤).

(٢) «تحبير المختصر» للدميري (٤/٣٤٤)، و«مختصر الخرقي» (ص: ٩٥)، ومذهب الشافعي كمذهبنا كما في «النجم الوهاج» لأبي البقاء (٦/٣٦٩).

(٣) هكذا في الأصل، ر، م، والمطبوع (٢/٥١٨)، وفي ح، ن، غ: «(بأن كانت) الوديعة (ثوبا)».

(٤) في الأصل، م: «زال»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥١٨).

بخلاف المُستعِير والمُستأجِر. وكذا لو أَوْدَعَها، ثم استرَدَّها.

ولو أَنفقَ بعضَها، فهَلَكَ الباقي: ضَمِنَ ما أَنفَقَ فقط. وإن رَدَّ مثلَه، وخَلَطَه بالباقي: ضَمِنَ الجميع.

وعند **الأئمة الثلاثة**: لا يزول؛ لأن حكم الوديعة ارتفع بالتعدي، فلا يعود إليه إلا بسببٍ جديدٍ فلم يوجد، فلا يبرأ عن الضمان[١].

ولنا: أن الشيء إنما يَبطُل بما ينافيه، والاستعمالُ لا ينافي الإيداع، ولذا صحَّ الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء، فإذا زال: عاد حكم العقد.

وفي «البحر»: أنه يزول الضمان عنه بشرط أن لا يَعزِم على العود إلى التعدي، حتى: لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومِن عَزْمه أن يلبسه نهارا، ثم سُرِق ليلا: لا يبرأ عن الضمان[٢].

وفي «المنح»: أن المودع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق: إنما يبرأ عن الضمان إذا صدَّقه المالك في العود، وإن كذَّبه: لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق.

(**بخلاف المُستعِير والمُستأجِر**) للعين إذا تعدَّيا، ثم أزالاه: لا يزول الضمان؛ لأن قبضهما كان لأنفسهما؛ لاستيفائهما المنافع عنها، فبإزالة التعدي عن العين لم يوجد الرد إلى صاحبها، بخلاف المودع؛ فإن يده يد المالك حكما؛ لكونه عاملا له في الحفظ.

خلافا لزفر؛ اعتبارا بالوديعة.

(**وكذا**) زال الضمان (**لو أَوْدَعَها**) أي: الوديعة، (**ثم استرَدَّها**) لِما مرَّ.

(**ولو**[٣] **أَنفقَ**) المودع (**بعضَها**) أي: الوديعة، (**فهَلَكَ الباقي: ضَمِنَ ما أَنفَقَ فقط**)، ولا يضمن كلها؛ لأن الضمان يجب بقدر الخيانة، وقد خان في البعض دون البعض، ويعمل بقوله في الإنفاق بيمينه.

(**وإن رَدَّ مثلَه، وخَلَطَه بالباقي: ضَمِنَ الجميع**)؛ لأنه خلَط مال غيره بماله، فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدَّم كما في «الهداية»[٤]؛ يعني: عند **الإمام**.

---

(١) «الأم» للإمام الشافعي (١٤٢/٤)، و«شرح مختصر خليل» للخرشي (١٢٥/٦)، و«زاد المستقنع» لأبي النجا (ص: ١٣٦).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٧٧/٧).

(٣) هكذا في الأصل، ر، م، والمطبوع (٥١٨/٢)، وفي ح، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وإن».

(٤) «الهداية» للمرغيناني (٢١٤/٣).

ولو تَصرَّف فيها، فرَبِحَ: يَتصدَّق به، وعند أبي يوسف: يطيبُ له.

وإن أَودَعَ اثنان من واحدٍ شيئا: لا يَدفَع إلى أحدهما حِصَّتَه بغيبةِ الآخَر، خلافا لهما.

وعندهما: إن شاء: شرَكه، وإن شاء: يضمن.

وعند **الأئمة الثلاثة**[١٣٤/أ]: يضمن ما أنفق فقط[١].

قيَّد بـ«الإنفاق وردِّ المثل»؛ لأنه إذا أخذ بعض الوديعة لِيُنفِقه في حاجته، فردَّه إلى موضعه، ثم ضاعت: فلا ضمان عليه، وتمامه في «المنح»[٢]، فليراجع.

(**ولو تَصرَّف فيها**) أي: الوديعة، (**فرَبِحَ: يَتصدَّق به**) أي: بالربح عند **الطرفين**.

(**وعند أبي يوسف: يطيبُ** [له][٣]) الربح إذا أدَّى الضمان أو سلَّم عينها بأن باعها، ثم اشتراها، ودفع إلى مالكها.

ودليل **الطرفين** بيِّن في البيع.

(**وإن أَودَعَ اثنان من واحدٍ شيئا: لا يَدفَع**) الواحدُ (**إلى أحدهما**) أي: إلى أحد الاثنين (**حِصَّتَه بغيبةِ الآخَر**)، فإن دفَع: ضَمِن نصفه إن هلك عند **الإمام**؛ سواء كان مثليًّا أو غير مثلي في المختار؛ لأن هذا الدفع يوجب القسمة، والمودَعُ مأمور بالحفظ لا بالقسمة.

(**خلافا لهما**) في المثلي؛ لأن معنى الإفراز فيه غالبٌ كما أن معنى المبادلة في غير المثلي غالب، ولذا لا يجوز له الدفع فيه، ويجوز في المثلي.

وفيه إشارة:

* إلى أنه: لا يجوز له الدفع، حتى: لو خاصَمه إلى القاضي: لم يأمره بدفع نصيبه إليه في قول **الإمام**.

* وإلى أنه: لو دفع إليه: لا يكون قسمة **اتفاقا**، حتى: إذا هلك الباقي: رجع صاحبه على الآخذ بحصته.

---

(١) «البيان» للعمراني (٦/٤٩١)، و«مناهج التحصيل» للرجراجي (٩/٢٤٦)، و«كشف القناع» للبهوتي (٤/١٧١).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٩٧/أ).

(٣) ليست في الأصل، م، والمطبوع (٢/٥١٨)، والزيادة من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، ولكن في ح، غ بدون: «يطيب».

وإن أَودَعَ عند اثنَين ما يُقسَم: اقتَسَمَاه، وحَفِظَ كلٌّ حصَّتَه. فإذا دَفَعَ أحدُهما إلى الآخَر: ضَمِنَ الدافعُ لا القابضُ، وعندهما: لكلٍّ حفظُ الكلِّ بإذن الآخَر. وإن مما لا يُقسَم: حَفِظَه أحدُهما بإذن الآخَر إجماعا.

وإن نُهِيَ عن دفعِها إلى عياله، فدَفَعَ إلى مَن له منه بدٌّ: ....

---

* وإلى أنه: يأخذ حصته منها إذا ظفر بها.

* وإلى أنه: لو دفع، وارتكب الممنوع: لا يضمن كما في «المنح»[1].

(**وإن أَودَعَ**) واحدٌ (**عند اثنَين ما يُقسَم**) أي: ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير: (**اقتَسَمَاه**) المودَعان، (**وحَفِظَ كلٌّ**[2]) واحد منهما (**حصَّتَه**)؛ لأنه يمكن الاجتماع على حفظِهما وحفظِ كل واحد منهما للنصف دلالة، والثابتُ بالدلالة كالثابت بالنص، (**فإذا دَفَعَ أحدُهما**) كله[3] (**إلى الآخَر: ضَمِنَ الدافعُ**) عند الإمام، وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء إذا سلَّم أحدهما إلى الآخر ما يمكن قسمته؛ لأن الأصل: أن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يَقبل التجزي: تَناوَل البعض لا الكل، فإذا سلَّم أحدهما الكل إلى الآخر، ولم يرضَ المالك به: ضمن، (**لا**) يضمن (**القابضُ**)؛ لأن مودع المودع لا يضمن عنده.

(**وعندهما: لكلٍّ**) واحد منهما (**حفظُ الكلِّ**) أي: كل الوديعة (**بإذن الآخَر**)؛ لأنه رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه.

(**وإن**) كان ما أودع عند الاثنين (**مما لا يُقسَم**) أي: مما لا يمكن قسمته كالعبد، أو مما يتعيب بالقسمة كالثوب: (**حَفِظَه**) أي: ما لا يُقسَم (**أحدُهما بإذن الآخَر إجماعا**)؛ لأن المالك رَضِي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل.

(**وإن نُهِيَ**) أي: نهى المالكُ المودَعَ (**عن دفعِها**) أي: الوديعة (**إلى عياله، فدَفَعَ**) المودع (**إلى مَن**) نهاه، وكان (**له منه بدٌّ**[4]) وعدمُ احتياج إليه كدفعِه الخاتم إلى عبده مع أن له أهلا

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/١٩٧/أ).

(٢) ليست في الأصل من صلب المتن، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥١٨).

(٣) في الأصل، م، والمطبوع (٢/٥١٨) من صلب المتن، وفي ح، غ: «حصته» بدل: «كله»، والمثبت من ر، ن.

(٤) في الأصل: «(إلى من نهاه) وكان له (بد منه)»، والمثبت من ح، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، =

ضَمِنَ، وإن إلى مَن لا بُدَّ له منه؛ كدفع الدابّة إلى عبدِه، وشيءٍ تَحفَظه النساء إلى زوجته: لا يَضمَن.

وإن أُمِرَ بحفظها في بيتٍ معيَّنٍ من دار، فحَفِظَها في غيره منها: لا يَضمَن إلا إن كان فيه خللٌ ظاهرٌ. وإن أُمِرَ بحفظها في دارٍ، فحَفِظَ في غيرها: ضَمِنَ.

ولو أَودَعَ المودَعُ، فهَلَكتْ: ضَمَّنَ الأولَ فقط، ....

سواه: (**ضَمِنَ**) إن هلك، (**وإن**) دَفَعَها (**إلى مَن لا بُدَّ**) أي: لا فراق (**له منه كدفع الدابّة إلى عبدِه**، و) كدفع[1] (**شيءٍ تَحفَظه النساء إلى زوجته: لا يَضمَن**) إن هلك؛ لأن الوديعة مما يُحفَظ بيده أو بأيدي عياله في بيته، فنهيُ المالك يُعتبَر إن كان النهي مفيدا، وإلا: يُعتبَر الحفظ المطلوب كما لو قال: «لا تَدفَعْ إلى فلان من عيالك»، ولم يكن له عيال سواه: لم يصح نهيُه؛ لأنه لا بد له من الدفع، وإن كان له عيال غيره، فدفعه إلى من نُهِي عن دفعها إليه: ضمن.

وعند **الأئمة الثلاثة**: لو كان الآخَر دون الأول: يضمن، وإلا: فلا[2].

(**وإن أُمِرَ**) أي: أَمَرَ المالك المودعَ (**بحفظها**) أي: الوديعة (**في بيتٍ معيَّنٍ من دار**) المودِع، (**فحَفِظَها في غيره**) أي: حَفِظ المودَعُ في بيت آخر (**منها**) أي: من هذه الدار، وكانت بيوت الدار مستوية في الحفظ: (**لا يَضمَن**) المودع؛ لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط، فلم يكن مفيدا، فلا يعتبر الشرط، (**إلا إن كان فيه**) أي: في البيت الآخر (**خللٌ ظاهرٌ**) بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة، والبيت[١٣٤/ب] الذي نهاه عن الحفظ فيه مكشوفٌ يُتخوَّف منه؛ فإن الشرط معتبر حينئذ، فيضمن؛ لكون المعيَّن أحرز من الآخر.

(**وإن أُمِرَ بحفظها في دارٍ، فحَفِظَ في غيرها**) [أي][3] في غير تلك الدار: (**ضَمِنَ**)؛ لتفاوُت الدارين في الأغلب، فيُقيَّد بأمره.

(**ولو أَودَعَ المودَعُ**) غيرَه، (**فهَلَكتِ**) الوديعة: (**ضَمَّنَ**) المودع (**الأولَ**[4] **فقط**) عند **الإمام**؛ لأن

= والمطبوع (٢/٥١٨).

(١) في الأصل من صلب المتن، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥١٨).

(٢) «نهاية المطلب» لأبي المعالي (١١/٣٩١)، و«الإشراف» للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٢٥)، و«كشف القناع» للبهوتي (٤/١٦٧).

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥١٩).

(٤) ليست في الأصل، ح، م من صلب المتن، والمثبت من ر، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، =

وعندهما ضَمَّنَ أيًّا شاء، فإن ضَمَّنَ الثاني: رَجَعَ على الأول، لا بالعكس.

ولو أَودَعَ الغاصبُ: ضَمَّنَ أيًّا شاء إجماعًا.

ولو أَودَعَ عند عبدٍ محجورٍ شيئًا فأَتلَفَه: ضَمِنَه بعد عتقِه، وإن عند صبيٍّ فأتلَفَه: فلا ضمانَ أصلا.

الثاني قبض المالَ من يد أمينٍ؛ إذ بالدفع لا يكون ضمينا ما لم يفارقه لحضور رأيه، فإذا فارَقه: فقد ترك الحفظ اللازم بالتزام، فيضمن بتركه، والثاني مداوِمٌ على الحفظ، ولم يوجد منه صنعٌ في هلاك المال، فلا يلزمه الضمان.

(**وعندهما**)، وعند **الأئمة الثلاثة**[1]: (**ضَمَّنَ أيًّا شاء**) أي: يُخيَّر المالك في التضمين؛ لأن الأول خائن بالتسليم إلى الثاني بغير إذن المالك، والثاني متعدٍّ بقبضه بغير إذنه، (**فإن ضَمَّنَ**) المالك المودع (**الثاني: رَجَعَ**) أي: الثاني (**على الأول**)؛ لأنه عامل له بأمره، فيرجع عليه بما لَحِقه من العهدة، (**لا**) يرجع (**بالعكس**) أي: ضمن المالك المودع الأول لا يرجع الأول على الثاني؛ لأنه ملَك بالضمان، فظهر أنه أُودِع ملكَ نفسه.

(**ولو أَودَعَ الغاصبُ**) المغصوبَ عند غيره: (**ضَمَّنَ**) المغصوبُ منه (**أيًّا شاء**) من الغاصب ومودَعه (**إجماعًا**)؛ لأن الثاني صار مثل الأول في التلقِّي منه ابتداء؛ لعدم إذن المالك، فكذا بقاءً.

ثم مودَعُ الغاصب إن لم يَعلم أن المودع غاصبٌ، فضَمِن: رجع على الغاصب قولا واحدا، وإن عَلِم: فكذلك في الظاهر، وحكى أبو اليسر: أنه لا يرجع، وإليه أشار شمس الأئمة[2].

(**ولو أَودَعَ عند عبدٍ محجورٍ**[3])؛ لأن العبد المأذون بأخذ الوديعة يَضمن في الحال اتفاقا (**شيئًا، فأَتلَفَه**) أي: أتلف العبدُ ذلك الشيءَ: (**ضَمِنَه بعد عتقِه**) عند **الطرفين**، (**وإن**) أودع (**عند صبيٍّ**) يعقل، (**فأَتلَفَه: فلا ضمانَ أصلا**)؛ لا حال ولا بعد البلوغ عند **الطرفين**؛

= والمطبوع (٢/٥١٩).

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/١٨٤)، و«شرح التلقين» للمازري (٢/١١٢٧)، و«الكافي» لابن قدامة (٢/٢١١).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١١/١٣٢).

(٣) ليست في الأصل، ر، ح، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى» من صلب المتن، والمثبت من م، والمطبوع (٢/٥١٩).

وقال أبو يوسف: يَضمَنان للحال.

وإن دَفَعَ العبدُ الوديعةَ إلى مثله، فهلَكتْ: ضَمَّنَ الأول بعد العتق. وعند أبي يوسف: ضَمَّنَ أيَّهما شاء للحال. وعند محمد: إن ضَمَّنَ الأول: فبعد العتقِ، وإن ضَمَّنَ الثاني: فللحال.

لأن المالك استحفظ ممن ليس بأهلِ التزامِ الحفظ.

أما الصبي: فلا يصح التزامه أصلا، فصار المالك كأنه أذن بإتلافه، وأما العبد: فالتزامه لم يصح في حق المولى نظرا، فلا يضمن في الحال، وصحَّ في حق نفسه؛ لكونه مكلفا، فيضمن بعد العتق كما مرَّ.

(**وقال أبو يوسف: يَضمَنان**) أي: العبد والصبي (**للحال**)، فيباع العبد فيه؛ لأن محجوريتهما في الأقوال فقط، ولهذا لو استهلكَا عينًا قبل الإيداع: يضمنان.

هذا بإتلافهما، أما لو تلفت في أيديهما: لا يضمنان **اتفاقا**، ولو أتلفَا ما أودع عند الأب والمولى: يضمنان **اتفاقا**.

وإنما قلنا: «عند صبي يعقل»؛ لأنه إذا كان لا يعقل: لا يضمن **اتفاقا**، كذا ذكره فخر الإسلام وغيره.

وفي «المحيط»: ظنَّ بعض مشايخنا: أن الخلاف في صبي يعقل، وليس الأمر كما ظنوا، بل الخلاف في كل واحد، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة كما في «شرح المجمع»[1].

(**وإن دَفَعَ العبدُ الوديعةَ إلى مثله**) أي: إلى عبد محجور، (**فهلَكتْ**) عند الثاني: (**ضَمَّنَ الأول**) أي: وللمالك أن يُضمِّن العبد الدافع (**بعد العتق**)، فلا يضمن الثاني عند **الإمام**؛ لأنه مودع المودع.

(**وعند أبي يوسف: ضَمَّنَ أيَّهما شاء للحال**) أي: يُخيَّر المالك في التضمين؛ لأن الأول مُتلِف بالدفع، والثاني متعدٍّ بقبضه بلا إذن كما مرَّ آنفا.

(**وعند محمد: إن ضَمَّنَ الأول: فبعد العتقِ**)؛ لأنه مع **الإمام** في إيداع العبد المحجور، (**وإن ضَمَّنَ الثاني: فللحال**)؛ لأن ضمانه ضمان فعلٍ بقبضه مِلكَ الغير بغير إذنه، فلزمه في الحال.

---

(١) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٤٣٨).

ومَن معه ألفٌ، فادَّعى كلٌّ من اثنَيْن إيداعَها عنده، فنَكَلَ لهما: فهي لهما، وضَمِنَ لهما مثلَها..

وفي «شرح المجمع»: محل الخلاف إذا دفع العبد الأول إلى الثاني؛ فإنه لو أمر الأول الثاني بقبضه، فقبَضه وديعة، وضاعَ: ليس للمالك أن يضمن الأول قبل العتق اتفاقا، وفي رواية عن محمد: أن الثاني يضمن[١٣٥/ب] بعد العتق(١).

(**ومَن معه ألفٌ**) درهم، (**فادَّعى كلٌّ**) واحد (**من اثنَيْن إيداعَها**) أي: الألف (**عنده**) أي: عند مَنْ، (**فنَكَلَ**) عن الحلف (**لهما**) أي: لكل واحد منهما على الانفراد بعد أن استحلفاه: (**فهي**) أي: الألف (**لهما**) أي: للاثنين، (**وضَمِنَ لهما**) أي: للاثنين (**مثلَها**) أي: مثل الألف؛ لأن دعواهما صحيحة، فيجب عليه اليمين لهما؛ فإن حلف لهما: فلا شيء لهما عليه؛ لعدم الحجة، وإن حلف لأحدهما، ونكل الآخر: قضى به لمن نكل له دون الآخر؛ لوجود الحجة في حقه دون الآخر، وإن نكَل لهما: قضى بينهما؛ لعدم الأوْلَوِية، ثم يجب عليه ألف أخرى؛ لإقراره لهما.

وللقاضي أن يبدأ أيهما شاء بالتحليف، والأولى القرعة، وفي التحليف للثاني يقول: «بالله ما هذه العين له ولا قيمتها»؛ لأنه لمَّا أقرَّ بها للأولى: ثبت الحق فيها له، فلا يفيد إقراره بها للثاني، فلو اقتصر على الأول: لكان صادقا.

وفي «البحر»: لو قال: «أودَعَنِيها أحدكما، ولا أدري أيكما»؛ فإن اصطلَحَا على أخذها بينهما: فلهما ذلك، ولا ضمان عليه، وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح، وإلا: فإن ادَّعاها كل واحد أخْذَها: ليس له ذلك؛ لأن المقَر له مجهول، ولكلٍّ أن يستحلفه، فإن حلف: قطع دعواهما، وإن نكل: فكمسألة الكتاب، وكذا لو قال: «عليَّ الألف لهذا ولهذا»(٢).

وفي «التنوير»:

* دفَع إلى رجل ألفا، وقال: «ادفعْها اليوم إلى فلان»، فلم يدفعها حتى ضاعت: لم يضمن؛ كما: لو قال له: «احملْ إليَّ الوديعة»، فقال: «افعل» ولم يفعل حتى مضى اليوم.

* قال للمودع: «ادفَع الوديعة إلى فلان»، فقال: «دفعتُ»، وكذَّبه فلان، وضاعت

---

(١) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٤٣٨).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٧٩).

....

الوديعة: صُدِّق المودع مع يمينه.

* قال: «لا أدري كيف ذهبتْ»: لا يضمن على الأصح؛ كما: لو قال: «ذهبتْ ولا أدري كيف ذهبت»[١].

وفي «المنح»: [قال][٢]: «لا أدري دفنت في داري أو في موضع آخر»: يضمن، ولو لم يُبيِّن مكان الدفن لكنه سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه: لا يضمن.

وفي «العدة»: إذا دفن الوديعة في الأرض؛ إن جعل هناك علامة: لا يضمن، وإلا: ضمن، وفي المفازة: يضمن مطلقا[٣]، والله أعلم.

** ** **

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨١).
(٢) ليست في الأصل، ر، م، ن، والزيادة من ح، غ، والمطبوع (٥٢٠/٢).
(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (١٩٨/٢/أ).

(كتاب العاريَّة)

أخَّرها عن «الوديعة»؛ لأن فيها تمليكا وإن اشتركَا في الأمانة.

* هي: مأخوذة من «العَرِيَّة»، وهي: العَطيَّة المخصوصة بالأعيان، ومستعملةٌ في تلك المنافع، وردَّه المُطرِّزي وغيره بالمشتقَّات: «استعاره منه، فأعاره»، و«استعاره الشيءَ» على حذف «من»[1].

وقيل: هي منسوبة إلى «العار»؛ لأن طلبها عبثٌ[2] وعارٌ على ما قال الجوهري وابن الأثير[3].

وردَّ الراغب وغيره: بأن «العار» يائيٌّ، و«العارية» واوِيَّة على ما صرَّحوا أنفسهم به[4].

وفي «المغرب»: أنها منسوبة إلى «العارة» اسم من «الإعارة»[5].

وفي «النهاية»: إن ما في «المغرب» هو المعوَّل عليه؛ لأنه ﷺ باشَر الاستعارة[6]، فلو كان العار في طلبها: لَمَا باشَرها[7].

وقيل: هي في الأصل اسمٌ موضوعٌ بلا نسبة كـ«الدُّرْدي و«الكُرْسي»، وهي من «التعاوُر»، وهو: التناوُب بلا تشديد، فكأنه يجعل للغير نَوْبة، ولنفسه نَوْبة.

وقيل: هي اسمُ العينِ المُعارِ.

* وشريعة:

(**هي**) أي: العاريَّة بمعنى الإعارة، لا للعارية التي هي اسمٌ لِما أُعِير، وإلا لم يصح حمل التمليك عليه: (**«تمليكُ مَنفعةٍ**) من عينٍ مع بقائها؛ احتراز عن قرض نحو الدراهم،

---

(١) «المغرب» للمطرزي (ص: ٣٣١)، و«المبسوط» للسرخسي (١٣٣/١١).

(٢) هكذا في الأصل، وفي الطبعة العثمانية (ص: ٥٢٠)، و«الصحاح» (٧٦١/٢): «عيب».

(٣) «الصحاح» للجوهري (٧٦١/٢)، و«النهاية» لابن الأثير (٣٢٠/٣).

(٤) «المفردات» للراغب الأصفهاني (ص: ٥٩٥)، و«لسان العرب» لابن منظور (٦٢٥/٤).

(٥) «المغرب» للمطرزي (ص: ٣٣١).

(٦) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٦٢٧)، ومسلم في «صحيحه» ٤٩-(٢٣٠٧).

(٧) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٥٧/ب).

بلا بدلٍ».

وعن البيع والهبة، («**بلا بدلٍ**»)؛ احتراز عن الإجارة.

وقال الكرخي: «هي: إباحة الانتفاع بملك الغير، لا تمليك المنفعة»، وهو قول الشافعي[(١)]؛

* لأنها تنعقد بلفظ الإباحة، وتبطل بالنهي، والتمليكُ لا يَبطل به كالهبة والإجارة.

* ولأن المستعير لا يملك الإجارة من غيره، ومَن ملَك المنافع: ملَك إجارتها.

* ولأن التمليك غير جائز مع الجهل، بخلاف الإباحة؛ إذ فيها لا يشترط ضرب المدة.

ولنا: أن العارية تُنبِئ عن التمليك؛ لكونها[١٣٥/ب] من العريَّة -هي: العطية- من الثمار، ولذا تنعقد بلفظ التمليك.

* وإنما انعقدت بلفظ الإباحة؛ لأنها استُعِيرت للتمليك بلا عوضٍ كانعقاد الإجارة بلفظة الإباحة، والنهيُ ليس إبطالا للملك بعد ثبوته، بل يمنع عن التمليك؛ لأنه دليل الرجوع والاسترداد.

* وإنما لا يملك المستعير الإجارة؛ لِما فيها من الضرر بالمُعِير؛ لأنه ملَّك المستعيرَ المَنافعَ على وجهٍ يتمكن من الاسترداد متى شاء، فلو ملَك المستعيرُ الإجارةَ: لم يَتمكَّن المعير من ذلك.

* والجهلُ فيها ليس بمُضِرٍّ؛ لعدم الإفضاء إلى النزاع؛ لجواز رجوع المعير في كل ساعةٍ ولحظةٍ، والمَنافعُ قابلة للتمليك -كما في الوصية بخدمة العبد- بضرب المدة.

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

وإنما اختلفوا في كونها مستحبة وهو قول الأكثر، أو واجبةً وهو قول البعض.

وشرطها: قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها.

وسببها: ما مرَّ من التعاضد المحتاج إليه المدني بالطبع.

ومَحاسِنها: النيابة عن الحق سبحانه في إجابة المضطرِ؛ لأنها لا تكون إلا للمحتاج كالقرض، فلهذا كانت الصدقة بعشرة، والقرض بثمانية عشر.

---

(١) «البيان» للعمراني (٦/٥٠٥).

ولا تكون إلا فيما يُنتفَع به مع بقاءِ عينِه.

وإعارةُ المَكيلِ والمَوزونِ والمعدودِ قرضٌ إلا إن عَيَّنَ انتفاعا يُمكِن ردُّ العينِ بعده.

وتصحُّ بـ«أعَرْتُك»، و«مَنَحتُك»، و«أَطعَمتُك أرضي» ....

(**ولا تكون**) العاريةُ[1] (**إلا فيما يُنتفَع به مع بقاءِ عينِه**).

اعلم أن الإعارة نوعان: حقيقة، ومجاز.

* **فالحقيقة**: إعارة الأعيان التي يُمكِن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابّة.

* **والمجاز**: إعارةُ ما لا يُمكِن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه؛ كالدراهم والدنانير وغيرِهما من المَكيلات والمَوْزونات، فتكون إعارةً صورةً وقرضًا معنًى.

وعن هذا قال:

(**وإعارةُ المَكيلِ والمَوزونِ والمعدودِ قرضٌ**)؛ لأن الانتفاع بها إنما يمكن باستهلاك عينها، فاقتضى إعارتَها تمليكُها، وذلك يكون بالهبة أو القرض؛ لكونه أدنى ضررا؛ لأنه يوجب رد المثل، (**إلا إن عَيَّنَ انتفاعا يُمكِن ردُّ العينِ بعده**) أي: بعد الانتفاع؛ كما: لو استعار دراهم ليُعايِر بها ميزانا أو ليُزيّن بها دكّانا: صارت عارية لا قرضا.

(**وتصحُّ**) العارية (**بـ«أعَرْتُك»**) أي: جعلتها عارية لك؛ لكونه صريحا فيها.

لكن في «المضمرات»: أن أركانها: الإيجاب والقبول، وشرطها: القبض[2].

(**و«مَنَحتُك**» هذا الثوب» بمعنى: «أعطيتُك»)؛ لأن هذا إذا أضيف إلى ما يُنتفَع به مع بقاء عينه: فهو عارية؛ إذ أصلُه إعطاء الشيء لآخر لينتفع به أياما، ثم يَردَّه، فرُوعِيَ أصلُه، وإذا أضيف إلى ما لا يُنتفَع به مع بقاء عينه: فهو هبةٌ كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب.

(**و«أَطعَمتُك أرضي»**) هذه[3]؛ لأن الطعام إذا قارَن إلى ما يُطعَم عينه كالبُرّ: يراد به تمليك عينه، وإذا قارن إلى ما لا يطعم كالأرض: يراد به أخذُ غَلَّتِها إطلاقا لاسم المحل على الحال.

---

(١) في الأصل، ح، م من صلب المتن، والمثبت من ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٢) «المضمرات» للكادوري (٣/٤١٦).

(٣) في الأصل، م من صلب المتن، والمثبت من ر، ح، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

و«حَمَلتُك على دابَّتي» و«أَخدَمتُك عبدي» إذا لم يُرِد بذلك الهبةَ، و«داري لك سُكْنى» أو «... عُمرى سُكْنى».

وللمُعير الرجوعُ فيها متى شاء. ....

(و«**حَمَلتُك على دابَّتي**) هذه»؛ لأنه يقال في العرف: «حمل فلانٌ فلانا دابتَه» إذا أعارها إياها، وإذا وهبه إياها، فإذا نوى أحدهما: صحَّتْ نيته، وإذا لم يَنوِ: حُمِل على الأدنى؛ لئلا يلزم الأعلى بالشك، ولأن الحمل هو الإركاب حقيقة، فكان عارية، وفي «الدرر» و«شرح المجمع» كلام[1]، تتبَّعْ.

(و«**أَخدَمتُك عبدي**»)؛ لأنه إذنٌ له في الاستخدام، وهو العارية.

(**إذا لم يُرِد بذلك**) أي: بكل من الإطعام والحمل والإخدام (**الهبةَ**)، فإذا نوى أحدَهما: صحَّتْ نيته، وإن لم تكن له نية: حُمِل على الأدنى كما مرَّ.

(و«**داري لك سُكْنى**») أي: من جهة السكنى؛ لأن «داري» مبتدأ، و«لك» خبره، و«سكنى» تمييز عن النسبة إلى المخاطب؛ لأن قوله: «لك» يحتمل تمليك العين والمنفعة، وقوله: «سكنى» محكم في المنفعة، وهو مُعيِّن للثاني بحكم التفسير، فيكون عارية، (**أو**) «داري لك (**عُمرى**[١٣٦/أ] **سُكْنى**»).

فـ«عمرى» مفعولٌ مطلقٌ لفعلٍ محذوفٍ تقديرُه: «أعمرتُها لك عمرى»، والعمرى جعلُ الدار لأحدٍ مدةَ عمره، و«سكنى» تمييز وتخصيص للتنصيص على العارية.

(**وللمُعير الرجوعُ فيها**) أي: في العارية المطلقة أو المقيَّدة (**متى شاء**)؛ لعدم لزومها.

هذا إذا لم ينقلب إجارة، وإلا: فلا يرجع كما إذا استعار أمةً لتُرضِع ابنه، فأرضعته، فلما صار الصبي لا يأخذ ثديَ غيرِها: فإنه لا يُستردُّ، وعليه أجر مثل خادمته إلى أن يفطم.

وكذا لو استعار من رجل فرسا ليغزوَ عليه، فأعاره إياه أربعة أشهر، ثم لَقِيه بعد شهرين في بلاد المسلمين، فأراد أَخْذَه: كان له ذلك، وإن لَقِيه في بلاد الشرك في موضعٍ لا يقدر على الكراء أو الشراء: كان للمستعير أن لا يَدفعه إليه؛ لأن هذا ضررٌ بيِّنٌ، وعلى المستعير أجر مثل الفرس من الموضع الذي طلَب صاحبُه إلى أدنى الموضع الذي يجد فيه كراءً وشراءً[2].

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٤٢)، و«شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٤٣٩).

(٢) هكذا في الأصل، وفي الطبعة العثمانية: «أو شراء».

ولو هَلَكتْ بلا تَعدٍّ: فلا ضمانَ.

(**ولو هَلَكتِ**) العارية[1] (**بلا تَعدٍّ**) من المُستعِير[2]: (**فلا ضمانَ**) ولو بشرط الضمان؛ فإنه شرط باطل كما في «المحيط»[3].

وفي «التبيين»: والعارية إذا اشتُرِط فيها الضمان: يضمن عندنا في رواية[4].

صاحب «الجوهرة» جزم بأن العارية تصير مضمونة بشرط الضمان، ولم يقل في رواية[5].

وفي «البزازية»: «أعِرْني هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن»، وضاع: لم يَضمن[6]، انتهى.

وهذا إذا لم يَتبيَّن أنها مستحقة للغير، فإن ظهَر استحقاقها: ضَمِنها، ولا رجوع له على المُعِير؛ لأنه مُتبرّع، وللمستحق أن يُضمِّن المُعيرَ، وإذا ضمَّنه: لا رجوع له على المستعير.

* ولا يَملك والدُ الصغير إعارةَ مال ولدِه.

* والعبدُ المأذونُ يملك أن يعير.

* والمرأة إذا أعارت شيئا من ملك الزوج، فهلك؛ إن كان شيئا داخل البيت، وما يكون في أيديهن عادة: فلا ضمان على أحد، أما في الفرس والثور: فيَضمن المستعيرُ أو المرأةُ كما في «البحر»[7].

وقال **الشافعي وأحمد**: يَضمن إذا هلَكت في غير حالة الاستعمال؛ لقوله ﷺ: «**العارية مضمونة**»[8]، ولأنه قبَض لنفسه، ....

---

(١) في الأصل، م من صلب المتن، والمثبت من ر، ح، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٢) في الأصل من صلب المتن، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) لم نجده.

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٨٥/٥).

(٥) «الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٣٥١/١).

(٦) عزاه إليها غانم بن محمد البغدادي في «مجمع الضمانات» (ص: ٥٥).

(٧) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٨١/٧).

(٨) أخرجه الترمذي في «سننه» (١٢٦٥)، وابن ماجه في «سننه» (٢٣٩٨)، والطيالسي في «مسنده» (١٢٢٤/٤٥١/٢)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٢٢٢٩٤/٦٢٨/٣٦) بلفظ: «**مؤدَّاة**» بدل: «**مضمونة**». وأخرج أحمد بن حنبل في «مسنده» (١٥٣٠٢/١٣-١٢/٢١)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٠٠/٥٤/٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٧٤٧/٣٣٢/٥) بلفظ: «**بل عارية مضمونة**» =

ولا تُؤجَّر ولا تُرهَن كالوديعة. فإن آجَرَها، فتَلِفتْ: ضَمَّنَ أيَّهما شاء، فإن ضَمَّنَ المُؤجِرَ: لا يَرجِع على أحد، وإن ضَمَّنَ المُستأجِر: رَجَعَ على المُؤجِر إن لم يَعلَم أنه عاريَّة.

فصار كالمقبوض على سوم الشراء[١].

ولنا: قوله ﷺ: «**ليس على المستعير غيرِ المُغِلّ ضمانٌ**»[٢]، ولأنها أمانة في يده؛ سواء هلكت من استعماله أو لا، وما رواهما[٣] محمول على ضمان الرد.

(**ولا تُؤجَّر**) العاريَّة؛ لأنها دون الإجارة، والشيء لا يَستتبع فوقه، (**ولا تُرهَن**)؛ لأن الرهن إيفاء، وليس له أن يُوفِّي دينه بمال غيره بغير إذنه، وله أن يُودِع على المفتى به، وهو المختار، وصحَّح بعضهم عدمه كما في «المنح»[٤] (**كالوديعة**) أي: كما لا تُؤجر ولا تُرهَن الوديعة؛ لأنها أمانة، فلا يجوز التصرُّف فيها.

(**فإن آجَرَها**) أي: آجَر المستعيرُ العاريةَ، (**فتَلِفتْ**) أي: هلكت العارية: (**ضَمَّنَ أيَّهما شاء**) أي: المعير مخيَّر؛ إن شاء: يُضمِّن المستعير؛ لأنه صار غاصبا بتعدِّيه، أو يُضمِّن المستأجر؛ لأنه قبَض ملك المعير بغير إذنه.

(**فإن ضَمَّنَ**) أي: المعير (**المُؤجِرَ**) أي: المستعيرَ: (**لا يَرجِع**) بما غَرِمه (**على أحد**)؛ لأنه بالضمان تَبيَّن أنه أجَّر ملك نفسِه، ويتصدق بالأجرة **عندهما**.

خلافا **لأبي يوسف**.

(**وإن ضَمَّنَ المُستأجِر: رَجَعَ على المُؤجِر**) أي: المستعير (**إن لم يَعلَم**) المستأجر (**أنه**) أي: أن ما استأجره (**عاريَّة**) عند مؤجره -وهو: المستعير-؛ لكونه مغرورا من جهة مؤجره.

= في جواب سؤال: «أغصبا يا محمد؟».

(١) «مختصر المزني» (٨/٢١٥)، و«الذخيرة» للقرافي (٦/٢١٩).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/٤٥٦/٢٩٦١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/١٤٩/١١٤٨٦)، وقال الدارقطني: «إنما يروى عن شريح القاضي غيرَ مرفوع»، وقال البيهقي: «هذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله».

وقد أخرج عبد الرزاق في «المصنف» (٨/١٧٩/١٤٧٨٥) عن عمر ﷺ أنه قال: «العارية بمنزلة الوديعة، لا ضمان فيها، إلا أن يتعدى»، وفي (٨/١٧٩/١٤٧٨٦) عن علي ﷺ أنه قال: «ليس على صاحب العارية ضمان».

(٣) هكذا في الأصل، وفي المطبوع (٥٢١): «وما روياه».

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٩٩/ب).

وله أن يُعِير ما لا يَختلِف باختلاف المستعمِل كالحَمْل على الدابّة، لا ما يَختلِف كالركوب إن عَيَّنَ مستعمِلا، وإن لم يُعيِّن: جاز أيضا ما لم يتعيَّن، فإن تَعيَّن: لا يجوز. فلو ركب هو: ليس له إركابُ غيرِه، وإن أَركَبَ غيرَه: فليس له أن يَركَب هو.

قيَّد به؛ لأنه إن علم: لا يرجع؛ لأن للمؤجر حينئذ لم يكن منه غرور، وصار كالمستأجر من الغاصب إذا كان عالما بالغصب.

(**وله**) أي: المستعير (**أن يُعِير**) المعارة إن كان (**ما لا يَختلِف باختلاف المستعمِل كالحَمْل على الدابّة**) والاستخدامِ والسكنى والزراعةِ وإن شرَط المالك أن ينتفع هو بنفسه؛ لأن التقييد فيما لا يختلف غير مفيدٍ.

خلافا[١٣٦/ب] للشافعي؛ لأن العارية إباحة المنافع عنده، فلا يملك إباحتها غيره[1].

ولنا: أنها تمليك المنافع، فيملك أن يعيرها كما مرَّ.

(**لا ما يَختلِف**) باختلاف المستعمل (**كالركوب**) أي: ركوب الدابة ولبس الثوب (**إن عَيَّنَ**) المعير (**مستعمِلا**)؛ لأن المعير رَضِي بذلك المعيَّن دونَ غيره؛ لأن ركوب العسكري لا يكون كركوب السُّوقي، ولبسَ القصابِ ليس كلبس البزاز، (**وإن لم يُعيِّن**) المعيرُ مستعملا: (**جاز أيضا**) كما يجوز أن يعير ما لا يختلف باختلاف الاستعمال؛ لأنه تكون الإعارة مطلقة حينئذ (**ما لم يتعيَّن**) المنتفِعُ بفعل المستعير، (**فإن تَعيَّن**) المنتفِعُ بفعله: (**لا يجوز**) له أن يُعِيره.

وفرَّعه بقوله:

(**فلو ركب هو**[2]) أي: المستعير: (**ليس له**) أي: للمستعير (**إركابُ غيرِه، وإن أَركَبَ**) المستعيرُ (**غيرَه: فليس له أن يَركَب هو**)، يعني: من استعار دابَّةً مطلقا: كان له أن يَحمِل أو يُعِير غيره للحمل، ويركبَ بنفسه أو يُركِّب غيره، وأيًّا فعَل من الحمل أو حمل الغير من الركوب أو الإركاب: فقد تعيَّن العمل، فليس بعد حمله أن يَحمل غيره، ولا عكسُ هذا، وإلا: ضَمِن، وكذا حكم الإركاب بعد الركوب وعكسِه؛ لتعيُّنِ الركوب في الأول والإركاب في الثاني، وهذا الذي ذكره اختيار فخر الإسلام.

وقال غيره: له أن يَركَب بعد الإركاب ويَركَب بعد الركوب، وهو اختيار شمس الأئمة

---

(١) «البيان» للعمراني (٥١٦/٦-٥١٧).

(٢) ليست في الأصل من صلب المتن، والمثبت من بقية النسخ كلها ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

وإن قُيِّدتْ بنوعٍ أو وقتٍ أو بهما: ضَمِنَ بالخلاف إلى شرٍّ فقط، وإن أطلَقَ فيهما: فله الانتفاعُ بأيِّ نوعٍ شاء في أيِّ وقتٍ شاء.

السرخسي وشيخ الإسلام كما في «العناية»[1].

(وإن قُيِّدتِ) الإعارة (بنوعٍ أو وقتٍ) أي: قيَّد المعيرُ العارية بنوع من الانتفاع بأن شرَط أن ينتفع هو بنفسه أو فلان معيَّن أو قيَّدها بوقت معيَّن بشهر أو جمعة -مثلا-، (أو بهما) أي: قيَّدها بالنوع والوقت جميعا: (ضَمِنَ) المستعيرُ (بالخلاف) في واحد منها (إلى شرٍّ فقط)، فلم يضمن بالخلاف إلى مثل أو خيرٍ كما إذا قال له: «احْمِل على هذه الدابةِ هذه الحنطةَ»: كان له أن يحمل عليها مثلَها أو دونها في الضرر كحمل مثل الحنطة شعيرا؛ لأن الإذن بالشيء إذنٌ بما يُساويه، وبما هو خير منه، وهذا استحسان.

والقياس: يَضمن؛ لأنه مخالف؛ فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر، بخلاف ما لو قال: «احمل عليها عشرة أقفِزةِ شعيرٍ»، فحمَل عليها عشرة أقفزة برٍ؛ لأن المعير لم يرضَ بالشيء الثقيل، فيضمن لوجود التعدِّي.

(وإن أَطلَقَ) المعير الانتفاعَ (فيهما) أي: في النوع والوقت: (فله) أي: المستعيرِ (الانتفاعُ بأيِّ نوعٍ شاء في أيِّ وقتٍ شاء)؛ عملا بالإطلاق.

واختلفوا في إيداع المستعير:

* فقال جماعة -منهم: الكرخي-: ليس له ذلك.

* قال الباقلاني: هذا القول أصح، وأكثرهم على أن له ذلك، منهم: مشايخ العراق، وأبو الليث، وأبو بكر محمد بن الفضل، وبرهان الأئمة، قال ظهير الدين: وعليه الفتوى.

وفي «المنح»: وجعَل الفتوى في «السراجية» أيضا، لكن في «الصيرفية»: أن القول بأن العارية تودع أو لا تودع محلَّه إذا كان المستعير تملَّك الإعارة، أما فيما لا يملكها: فلا يملك الإيداع[2].

وإن اختلفَا فيما حمَل على الدابة، وفي مسافة الركوب والحملِ أو في الوقت: فالقول في ذلك كلِّه للمعير مع يمينه.

---

(١) «العناية» للبابرتي (١٣/٩)، و«المبسوط» للسرخسي (١٧٤/٢٠).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٣٠٠/٢/أ)، و«السراج الوهاج» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢٩٢/ب-٢٩٣/أ).

وتصحُّ إعارةُ الأرضِ للبناء والغَرْس. وله أن يَرجِع متى شاء، ويُكلِّفه قَلْعَهما، ولا يَضمَن إن لم يُوقِّت، وإن وَقَّتَ ورَجَعَ قبْلَه: كُرِهَ له ذلك، وضَمِنَ ما نَقَصَ بالقَلْع، وقيل: يَضمَن قِيمتَه ويَتملَّكه. وللمُستعِير قلْعُه بلا تضمينٍ إن لم تَنقُصِ الأرضُ به كثيرا، وعند ذلك: الخيارُ للمالك.

(**وتصحُّ إعارةُ الأرضِ للبناء والغَرْس**) أي: غرس الشجر؛ لأن منفعتها معلومة، وتجوز إجارتها، فكذا إعارتها، بل أولى؛ لكونها تبرُّعا، (**وله**) أي: للمعير (**أن يَرجِع**) عن العارية بعد أن بنَى المستعير أو غرَس (**متى شاء**)؛ لأنها غير لازمة[١٣٧/أ]، (**ويُكلِّفه**) أي: المعيرُ المستعير (**قَلْعَهما**) أي: قلع البناءِ والغرسِ عن الأرض؛ لأنه شغَل أرض الغير بهما، فيؤمر بتفريغه إلا إذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما فيما إذا كانت الأرض تَستضِرُّ بالقلع، بخلاف ما إذا كانت لا تَستضِرُّ بالقلع: حيث لا يجوز الترك إلا باتفاقهما كما في «التبيين»[١].

(**ولا يَضمَن**) المعيرُ ما نقص من البناء والغرس بسبب القلع (**إن لم يُوقِّت**) العارية؛ إذ المستعير بنى وغرس في محلٍ كان لغيره حق الرجوع، فاغترَّ بنفسه؛ اعتمادا على الإطلاق من غير أن يَسبِق من المعير وعدٌ، (**وإن وَقَّتَ**) المعيرُ وقتا معيَّنا، (**ورَجَعَ قبْلَه**) أي: قبل الوقت الذي عيَّنه: (**كُرِهَ له**) أي: للمعير (**ذلك**) الرجوع؛ لِما فيه من خلف الوعد، (**وضَمِنَ**) المعير للمستعير (**ما نَقَصَ**) من البناء والغرس (**بالقَلْع**) بأن يقوم قائما غيرَ مقلوعٍ، يعني: إذا كانت قيمة البناء إلى الوقت المضروب عشرة دنانير -مثلا-، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين: يرجع المستعير على المعير بثمانية دينار؛ لأن المعير غرَّه بالتوقيت.

وقال زفر: لا يضمن؛ لأن التوقيت والإطلاق فيها سواء؛ لبطلان التأجيل في العواري.

(**وقيل: يَضمَن**) المعير (**قِيمتَه**) أي: قيمة البناء أو الغرس، ذكره الحاكم الشهيد، (**ويَتملَّكه**) أي: المعيرُ البناءَ أو الغرس إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما، ولا يُضمِّنه قيمتهما، فيكون له ذلك؛ لأنه ملكُه.

قالوا: إذا كان في القلع ضررٌ بالأرض: فالخيار إلى رب الأرض كما في «الهداية»[٢]، وعن هذا قال: (**وللمُستعِير قلْعُه**) أي: البناء أو الغرس (**بلا تضمينٍ إن لم تَنقُصِ الأرضُ به**) أي: بالقلع (**كثيرا، وعند ذلك**) أي: عند نقصان الأرض كثيرا بالقلع: (**الخيارُ للمالك**) بين

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢/٨٨).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٢٠).

وإن أعارَها للزرع: لا تُؤخَذ منه حتى يُحصَد؛ وَقَّتَ أو لا.

وأجرةُ ردِّ المستعارِ والمستأجَر والوديعةِ والرهنِ والمغصوبِ على المستعِير والمؤجِر والمودِع والمرتهِن والغاصِب.

ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما، لا للمستعير؛ لأنه صاحب أصلٍ، والمستعير صاحب تبَعٍ، والترجيحُ بالأصل كما في «الهداية»[١].

وفي «المحيط»: يَضمن المعير قيمةَ البناء والأشجار قائمةً على الأرض غيرَ مقلوعة منقوضة، وإن شاء المستعير: قلع غرسه وبناءه، ولا يَضمنه إذا لم يضُرَّ بالأرض، وإن كان القلع يضر بالأرض: كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة، وهو مخالف لما في «المختصر» و«الكنز» حيث جعَلاَ له تضمين ما نقصه القلعُ، لا تضمين جميع القيمة كما في «المنح»[٢].

(**وإن أعارَها**) أي: الأرض (**للزرع: لا تُؤخَذ منه**[٣]) أي: من المستعير استحسانا؛ لأن التضرير بالمُؤمَّن حرام، (**حتى يُحصَد**) الزرع، بل يترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل كي لا تفوت منفعة أرضه مجانا؛ (**وَقَّتَ**) المعيرُ (**أو لا**) يُوقِّت؛ لأن للزرع نهايةً معلومةً، فكان في الترك مراعاة الحقَّيْن، وأيضا في القلع إبطالُ ملك المستعير، وفي الترك تأخيرُ حق تصرُّف المعير فيها، والأول أشد ضررا، فيصير إلى الثاني.

(**وأجرةُ ردِّ المستعارِ و**) أجرة ردِّ (**المستأجَر والوديعةِ والرهنِ والمغصوبِ على المستعِير والمؤجِر والمودِع والمرتهِن والغاصِب**).

أما المستعار: فلأن رده على المستعير؛ لأنه قبَض العاريَّة لمنفعة نفسه، فتكون أجرة الرد عليه.

وأما المستأجر: فلأنه مقبوض لمنفعة المؤجر؛ لأن الأجر سُلِّم له، فلا يكون رده واجبا على المستأجر، بل على المؤجِّر، فتكون مؤنة ردِّه عليه.

وأما الوديعة: فلأن منفعة حفظها عائدةٌ له، فكانت مؤنة ردِّها عليه.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٢٠).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٣٠٠/ب)، و«المحيط البرهاني» لابن مازة (٥/٥٦٦)، و«مختصر القدوري» (٦/٢٠٢)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٥٣٤).

(٣) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «منه».

وإذا رَدَّ المستعيرُ الدابّةَ إلى إصْطَبْلِ ربِّها أو العبدَ أو الثوبَ إلى دار مالكِه: بَرِئَ، بخلاف الغصبِ والوديعةِ. وإن رَدَّ المستعيرُ الدابّةَ مع عبدِه أو أجيرِه مُشاهَرةً أو مُسانَهةً: بَرِئَ. وكذا إن رَدَّها مع أجيرِ ربِّها أو عبدِه؛ ....

وأما الرهن: فلأن قبضه قبضُ استيفاءٍ، فكان قابضا لنفسه.

وأما المغصوب: فلأن الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة إلى يد مالكها كما كانت، فتكون عليه مؤنة ردها[١٣٧/ب].

وفي «عُدَّة الفتاوى»[(١)]: نفقة العبد المستعارِ على المستعير، وكِسوَتُه على المعير.

(**وإذا رَدَّ المستعيرُ الدابّةَ**) المستعارَة (**إلى إصْطَبْلِ ربِّها**) أي: صاحب الدابة، (**أو**) ردَّ (**العبدَ**) المستعارَ، (**أو الثوبَ**) المستعارَ (**إلى دار مالكِه: بَرِئَ**) عن الضمان إذا هلكت الدابة أو هلك العبد أو الثوب استحسانا.

والقياس: أن لا يبرأ؛ لأنه لم يرُدَّهم إلى صاحبهم، وإنما ضيَّعهم تضييعًا، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[(٢)].

وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارَف، وهو المعوَّل عليه.

(**بخلاف الغصبِ والوديعةِ**)؛ فإن الغاصب لا يبرأ إلا بتسليم العين المغصوبة إلى المالك؛ لأنه مُتعدٍّ بإثبات يده فيها، فلا تكون إزالتها إلا بالتسليم إليه حقيقة، وأما المودِع: فلا يبرأ أيضا إلا بتسليم الوديعة إلى مالكها؛ لأنها للحفظ، ولم يرض بحفظ غيره؛ إذ لو رَضِي به: لَما أودعَها عنده.

(**وإن رَدَّ المستعيرُ الدابّةَ مع عبدِه أو أجيرِه مُشاهَرةً أو مُسانَهةً: بَرِئَ**) إذا هلكت قبل الوصول إلى المالك؛ لأنه من عيال المستعير، وله ردها بيدِ مَن في عياله.

(**وكذا إن رَدَّها**) أي: الدابة (**مع أجيرِ ربِّها**) أي: رب الدابة مشاهرة أو مسانهة، (**أو مع**) (**عبدِه**) أي: رب الدابة: بَرِئَ عن الضمان أيضا إذا هلكت استحسانا.

والقياس: أن لا يبرأ إلا بالتسليم إلى صاحبها كما ذكرناه آنفا.

---

(١) «عُدَّة الفتاوى والمفتين»: مجلدان، أوله: «الحمد لله المتفرد بالعلاء...»، وذكر أنه: جمع الفتاوى والنوازل؛ ليكون عُدَّة لمن يتحلى بهذا العلم وعمدةً... إلخ. انظر «كشف الظنون» (٢/١١٢٩).

(٢) «البيان» للعمراني (٦/٥١٧)، و«المبدع» لابن مفلح (٥/١٢)، و«الإشراف» لعلي بن نصر (٢/٦٣٣).

يَقوم على الدابّةِ أو لا، بخلاف الأجنبيِّ والأجيرِ مُياوَمةً وردِّ شيءٍ نفيسٍ إلى دارِ مالكِه.
ويَكتُبُ مستعيرُ الأرض للزراعة: «قد أَطْعمتَني أرضَك»، لا: «أَعرْتَني»، خلافا لهما.

هذا في زمانهم، وأما في زماننا: فلا يبرأ إلا بالتسليم إلى يد صاحبها كما في «الشمني»[١].

(**يَقوم**) -حالٌ من: «أجيره وعبده»، لا صفةٌ؛ لأن الجملة نكرة- (**على الدابّةِ أو لا**) يقوم، وهو الصحيح؛ لأن الدابة، وإن لم يكن في يده دائما إلا أنها تدفع إليه في بعض الأوقات، فيكون رِضى المالك بدفعها إليه موجودا.

(**بخلاف الأجنبيِّ والأجيرِ مُياوَمةً**[٢])؛ فإنه إذا ردَّها مع الأجنبي أو الأجير مياومة[٣]: لا يبرأ؛ لأنه لا يعد من العيال، فلا يرضى المالك به، فيضمن إن هلكت قبل الوصول، (**و**) بخلاف (**ردِّ شيءٍ نفيسٍ**) كعقد اللآلئ (**إلى دارِ مالكِه**)؛ فإنه إن هلك قبل القبض: يلزم الضمان؛ لأن هذا لا يعد تسليما في العرف.

(**ويَكتُبُ مستعيرُ الأرض للزراعة: «قد أَطْعمتَني أرضَك»، لا: «أَعرْتَني»**) أي: إذا أُعِيرت الأرض للزراعة، وأراد المستعير أن يكتب كتابا: يكتب: «إنك قد أطعمتَني أرضَك»، ولا يكتب: «قد أعرْتَني» عند الإمام؛ لأن لفظ «الإطعام» أدلُّ على الزراعة؛ لأن عين الأرض لا يُطعَم، وإنما يُطعَم ما يُحصَّل منها، بخلاف الإعارة فيها؛ لأنها يكون للبناء.

(**خلافا لهما**)؛ فإن عندهما يَكتب الإعارة؛ لأن لفظ «الإعارة» موضوع لهذا العقد، والكتابةُ بالموضوع أولى، وإذا أُعِيرت الأرض سكنًى لا للزراعة: يَكتب: «إنك أعرْتَني أرضك» بالاتفاق.

وفي «التنوير»: ادَّعى إيصالَ الأمانة إلى مستحِقِّها: قُبِل قوله؛ كالمودَع ادَّعى الرد، والوكيلِ والناظرِ، وسواء كان في حياة مستحقها أو بعد موته، إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل: «أنه قبَضه، ودفع له في حياته»: لم يُقبَل إلا ببينة، بخلاف الوكيل بقبض العين[٤].

---

(١) «شرح الوقاية» للشمني (٢٩٦/ب).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«داماد»: «مناومة»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٥٢٣/٢)، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى». و«المياومة»: وهو من يستأجره يوما فيوما؛ لأنه ليس من عياله.

(٣) في نسخة المؤلف لـ«داماد»: «مناومة»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٥٢٣/٢).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٢).

كتاب الهبة: هي: «تمليكُ عينٍ بلا عوضٍ».

(كتاب الهبة)

وجه المناسبة بين ما قبلها وبينها ظاهر؛ لأن ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض، وهي تمليك العين [كذلك][1].

وهي:

* لغة: التفضُّل على الغير بما ينفعه ولو غير مال كقوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾ [الشورى: ٤٩].

وفي «العناية»: إنها في اللغة عبارة عن: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه، قال الله تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥][2]، انتهى، وهو يرجع إلى المعنى الأول.

ويتعدى:

* [إما][3] باللام نحو: «وهبتُه له»[١٣٨/أ]، وحكى أبو عمرو: «وهبتُكَه» كما في «القاموس»[4]، وقالوا: بحذف اللام منه.

* وإما بـ«مِن» نحو: «وهبتُه منك» على ما جاء به من أحاديث كثيرة في الصحيح كما في «دقائق النووي»، فظُنَّ من المطرزي: أنه خطأ، ومن التفتازاني: أنه عبارة الفقهاء كما في «القهستاني»[5].

* وفي الشريعة:

(هي: «تمليكُ عينٍ بلا عوضٍ»).

هذا تعريف للهبة المحصَّنة العاريَّة عن شرط العوض؛ فإن الهبة بشرط العوض بيعٌ انتهاءً، فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتي، فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض، فعلى

(١) ليست في الأصل، ر، م، والزيادة من ح، والمطبوع (٥٢٣/٢).
(٢) «العناية» للبابرتي (١٨/٩).
(٣) ليست في الأصل، ر، م، والزيادة من ح، والمطبوع (٥٢٣/٢).
(٤) «القاموس» للفيروزآبادي (ص: ١٤٣).
(٥) «جامع الرموز» للقهستاني (٥٩/٢)، و«دقائق المنهاج» للنووي (ص: ٥٨)، و«المغرب» للمطرزي (ص: ٤٨٩٧).

....

هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب «الدرر»[١] واعتراضُ بعض عليه، تدبَّرْ.

والمراد بـ«العين»: عين المال لا العين المطلق بقرينة «التمليك» المضاف إليه؛ لأن العين الذي ليس بمال لا يفيد الملك.

وكذا المراد بـ«التمليك» هو: التمليك في الحال؛ لأن قوله: «وهبت» لإنشاء الهبة حالًا كـ«بعت»، فلا حاجة إلى قول من قال: «هي: تمليك مالٍ للحال» للاحتراز عن الوصية؛ ولأن العين قد لا يكون مالا، تدبَّرْ.

فخرجت عن هذا التعريف: الإباحة، والعارية، والإجارة، والبيع، وهبة الدين ممن عليه الدين؛ فإن عقد الهبة إسقاطٌ وإن كان بلفظ الهبة.

وهي أمر مندوب وصنيع محمود محبوب، قال ﷺ: «**تهادوا تحابوا**»[٢]، وقبولها سنة؛ فإنه ﷺ [قَبِل هدية العبد[٣]، وقال في حديث بريرة: «**هو لها صدقة، ولنا هدية**»[٤]، وقال عليه السلام][٥]: «**لو أهدي إلي طعام: لقبلتُ، ولو دُعِيت إلى كراع: لأجبت**»[٦]، وإليها -أي: الإجابة- الإشارة بقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]؛ أي: مسرورا مريئا؛ أي: راضيا على الأكل، وهي نوعان؛ تمليكٌ، وإسقاطٌ، وعليها الإجماع كما في «الاختيار»[٧].

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢١٧).

(٢) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٢٠٨/٥٩٤)، وأبو يعلى الموصلي في «مسنده» (١١/٩/٦١٤٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٢٨٠/١١٩٤٦).

(٣) أخرجه الترمذي في «سننه» (٦٥٦)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٣٨/١٠٢-١٠٣/٢٢٩٩٧)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٤٤٥/٢١٩٧٣)، وابن حبان في «صحيحه» (١٦/٦٤/٧١٢٤)، والحاكم في «المستدرك» (٢/٢٠/٢١٨٣)، وفيها: أن النبي ﷺ قَبِل هدية سلمان الفارسي ﵁.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١٤٩٣)، ومسلم في «صحيحه» ١٧١-(١٠٧٥).

(٥) ليست في الأصل، ر، والزيادة من م، ح، والمطبوع (٢/٥٢٣). وفي المطبوع: «البريدة» بدل: «بريرة».

(٦) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٥٦٨)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (١٦/١٥٩/١٠٢١٢)، والترمذي في «سننه» (١٣٣٨)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٦/٢٠٨/٦٥٧٤)، وابن حبان في «صحيحه» (١٢/١٠٢/٥٢٩١).

(٧) «الاختيار» للموصلي (٣/٤٨).

وتصحُّ بإيجابٍ وقبولٍ،..

وسببها: إرادة الخير للواهب؛

* دنيوي؛ كالعِوَض، وحسن الثناء، والمحبة من الموهوب له.

* وأخروي، قال الإمام أبو منصور: «يجب على المؤمن أن يُعلِّم ولده الجودَ والإحسان كما يجب عليه أن يُعلِّمه التوحيد والإيمان؛ إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة» كما في «النهاية»[1].

وشرائط صحتها في الواهب: العقل، والبلوغ، والملك، وفي الموهوب: أن يكون مقبوضا، غير مَشاع، مميّزا، غير مشغول.

وحكمها: ثبوت الملك في العين الموهوبة غيرَ لازم، وعدمُ صحة خيار الشرط فيها، وأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتي.

وركنها: هو الإيجاب والقبول، وعن هذا قال:

(**وتصحُّ**) الهبة (**بإيجابٍ وقبولٍ**) على ما في «الكافي» وغيره[2]؛ لأنها عقدٌ، وقيامُ العقد بالإيجاب والقبول، وإنما حَنِث بمجرد الإيجاب فيما إذا حلَف: «لا يهب»، فوهب، ولم يقبل؛ لأن الغرض عدم إظهار الجود وقد وجد الإظهار، لكن ذكر في الكرماني: أن الإيجاب في الهبة عقدٌ تامٌّ، والقبول ليس بركن كما أشار إليه «الخلاصة»[3] وغيرها.

وفي «المبسوط»: القبض كالقبول في البيع[4]، ولذا لو وهب الدين من الغريم: لم يفتقر إلى القبول.

وفي «القهستاني»: ولعل الحق هذا؛ فإن في «التأويلات»: التصريح بالهبة غير لازم، ولذا قال أصحابنا: لو وضع ماله في طريق لِيكون ملكا للرافع: جاز[5]، انتهى.

لكن يمكن الجواب: بأن القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة، فيكون أخذه قبولا دلالة.

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٥٥/أ).

(٢) «الكافي» للنسفي (٢/٢١٥/أ)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٩١).

(٣) هكذا في الأصل، ر، م، ح، وفي المطبوع (٢/٥٢٣): «في الخلاصة».

(٤) «المبسوط» للسرخسي (١١/٧).

(٥) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٦٠).

وتَتِمُّ بالقبضِ الكاملِ. ....

(وتَتِمُّ) الهبة (بالقبضِ الكاملِ) ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به؛ لقوله ﷺ: «**لا تجوز الهبة إلا مقبوضة**»[1]، والمراد هنا: نفي الملك لا الجواز؛ لأن جوازها بدون القبض ثابت.

خلافا لمالك؛ فإن عنده ليس القبض بشرط الهبة[2].

قال صاحب «المنح»: هبة الشاغل تجوز، وهبة المشغول لا تجوز، والأصل في جنس هذه المسائل:

* أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة؛ مثاله: وهب جِرابا فيه طعامٌ: لا تجوز، ولو وهب طعاما في جِراب: جازت.

* واشتغال[١٢٨/ب] الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة؟

ذكر صاحب «المحيط»: أنه لا يمنع؛ فإنه قال: أعار دارا من إنسان، ثم إن المستعير غصب متاعا ووضعه في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير: صحت الهبة في الدار، وكذلك لو أن المعير هو الذي غصَب المتاع ووضعه في الدار، ثم وهب المعير من المستعير: كانت الهبة تامة، وتمامه فيه[3]، فليراجع.

وفي «الخانية»: رجل وهَب دارا، وسلَّم، وفيها متاع الواهب: لا تجوز؛ لأن الموهوب مشغول بما ليس هبة، فلا يصح التسليم.

ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها، وزوجُها أيضا ساكن فيها: جازت الهبة، ويصير الزوج قابضا للدار؛ لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج، فصح التسليم[4].

وفي «الخلاصة»: رجل وهب لابنه الصغير دارا، والدارُ مشغولة بمتاع الواهب:

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (١٢١/٤): «غريب»، وعزاه إلى قول إبراهيم النخعي كما أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٦٥٢٩/١٠٧/٩)، وذكر في الباب آثارا أخرى، وانظر أيضا «التعريف والإخبار بتخريج أحاديث الاختيار» للحافظ قاسم بن قطلوبغا (١٥٥٣/٤-١٥٥٥).

(٢) «الكافي» لابن عبد البر (١٠٠٦/٢).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢٠٤/٢/أ).

(٤) «الخانية» لقاضي خان (١٣٧/٣).

فإن قَبَضَ في المجلس بلا إذنٍ: صحَّ، وبعْدَه: لا بدَّ من الإذن.

جازت[1]، ولو تصدَّق بدار على ابنه الصغير، والأبُ ساكنها: لا تجوز عند **الإمام**، وعندهما: تجوز، وعليه الفتوى.

والمراد بـ«القبض الكامل» في المنقول: ما هو المناسب، وفي العقار أيضا: ما يناسبه، فأخذُ مفتاح الدار الموهوبة قبضٌ لها، بخلاف ما: لو وهَب ثيابا في صندوق مُقفل، ورفع الصندوق: لا يكون قبضا، فلا تتم الهبة.

وفي «الفصولين»: هبة المريض تَبطل بموته قبل التسليم؛ إذ الهبة في المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث، لكنها هبة حقيقة: فلا بد من القبض ولم يوجد[2].

(**فإن قَبَضَ**) الموهوب (**في المجلس**) أي: مجلس الهبة (**بلا إذنٍ**) صريحٍ من الواهب: (**صحَّ**) **استحسانا**.

والقياس: أن لا يجوز، وهو قول **الشافعي**[3]؛ لأنه تصرُّف في ملك الغير، ولا يجوز إلا بإذنه.

وجه الاستحسان: أن القبض كالقبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه، وهو الملك، فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض.

(**وبعْدَه**) أي: بعد المجلس، أراد [به][4] بعد الافتراق (**لا بدَّ من الإذن**) الصريح، فلا يصح القبض بعد الافتراق بلا إذن صريح؛ لأنا أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول، والقبولُ يتقيد بالمجلس؛ لأن الدلالة لا تعمل بمقابلة الصريح، فلهذا لو نهاه عن القبض: لا يصح قبضه؛ لا في المجلس، ولا بعده.

وفي «القهستاني»: والحاصل أنه:

* إذا أذن بالقبض صريحا: يصح قبضه في المجلس وبعده، ويملكه قياسا واستحسانا.

* ولو نهى عن القبض بعد الهبة: لا يصح القبض؛ لا في المجلس، ولا بعده، ولا يملكه قياسا.

---

(١) في الأصل، ح: «جاز»، والمثبت من م، والمطبوع (٢/٥٢٤).

(٢) «جامع الفصولين» للشيخ بدر الدين (٢/١٣٤).

(٣) «البيان» للعمراني (٨/١١٥).

(٤) ليست في الأصل، ر، ح، والزيادة من م، والمطبوع (٢/٥٢٤).

وتَنعقِد بـ«وَهَبتُ»، و«نَحَلتُ»، و«أَعطَيتُ»، و«أَطعَمتُك هذا الطعام»، ....

* ولو لم يأذن له بالقبض، ولم ينهَ عنه؛

* إن قبض في المجلس: صحَّ القبض استحسانا، لا قياسا.

* وإن قبض بعد المجلس: لا يصح القبض قياسا واستحسانا.

* ولو كان الموهوب غائبا، فذهب، وقبض؛

* فإن كان القبض بإذن الواهب: جاز استحسانا، لا قياسا.

* وإن كان بغير إذنه: لا يجوز هذا، لكنه مخالف لما ذكرنا من التأويلات[1]، انتهى.

لكن يمكن التوفيق: بأنَّ وضْعَ مالِه في طريق ليكون ملكا للرافع إذنٌ بالقبض دلالة، فيجوز، فلا مخالفة أصلا، تدبَّرْ.

(**وتَنعقِد**) الهبة (**بـ«وَهَبتُ»**) أي: بقوله: «وهبت»؛ لأنه صريح.

وفي «الفرائد»: قال المصنف أولا: «وتصح بإيجاب وقبول»، فمال إلى أن ركن الهبة الإيجاب والقبول، ثم قال: «وتنعقد بوهَبتُ...» إلى آخره، ومال إلى أن ركن الهبة الإيجاب فقط كما أن صاحب «الهداية» فعل كذلك[2].

لكن يمكن الجواب: بأن المصنف بيَّن أولا الركن، فقال: «الإيجاب والقبول»، ثم أراد أن يُبيِّن ألفاظ الإيجاب، فقال: «وتنعقد بوهَبتُ...» إلى آخره، فلا يلزم ما قاله صاحب «الفرائد»، تدبَّرْ.

(**و«نَحَلتُ»**)؛ لكثرة[١٣٩/أ] استعماله فيه، (**و«أَعطَيتُ»، و«أَطعَمتُك هذا الطعام»**) ؛ لأن الإطعام إذا نسب إلى ما يطعم عينه: يكون[3] هبة كما مرَّ.

أطلقه؛

* فشمل ما إذا كان على وجه المزاح كما في «الخلاصة» وغيرها، ولو قال: «هَبْني هذا الشيء» على وجه المزاح، فقال: «وهَبتُ»، وسلَّم إليه: جاز.

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٦٠).

(٢) «الفرائد» للسواسي (٥٦٦/أ)، و«الهداية» للمرغيناني (٣/٢٢٢).

(٣) في الأصل، ر: «لأن الإطعام أداء السبب إلى ما لا يطعم عينه فيكون»، والمثبت من ح، م، والمطبوع (٢/٥٢٤)، وفي م: «ما يطعم» بدل: «ما لا يطعم».

و«**كَسَوْتُك هذا الثوب**»، و«**أعمَرتُك هذا الشيء**»، ....

وعن ابن المبارك: أنه مرَّ على قوم يضربون الطنبور، فقال لهم: «هَبُوا هذا مني»، فدفعوه إليه، فضرب به الأرض، فكسره، فقالوا: «يا شيخ! خدعتنا»[1]، انتهى.

* وشمل ما لو قال لقوم: «قد وهبت جاريتي هذه لأحدكم، فليأخذها من شاء»، فأخذها رجل منهم: ملكها كما في «الخانية»[2].

وكذا بقوله: «أذنت للناس جميعا في تمر نخلي، من أخذ منه شيئا: فهو له»، فبلغ الناس، فمن أخذ شيئا: يملكه كما نقله صاحب «البحر» عن «المنتقى»، ثم قال: وظاهره أن من أخذ، ولم تبلغه مقالة الواهب: لا يكون له كما لا يخفى، انتهى.

لكن مخالف لما مرَّ آنفا من: أنه لو وضع ماله في طريق ليكون ملكا للرافع: جاز؛ لأنه مطلق؛ سواء بلغته المقالة أو لا، تأمَّلْ.

(و«**كَسَوْتُك**[3] **هذا الثوب**»)؛ لأن الكسوة يراد بها التمليك.

وفي «الخلاصة»: لو دفع إلى رجل ثوبا، وقال: «أَلبِسْ نفسك»، ففعل: يكون هبة، ولو دفع إليه دراهم، فقال: «أَنفِقْها»[4]: يكون قرضا.

(و«**أَعمَرتُك هذا الشيء**»)؛ لقوله ﷺ: «من أعمر عمرَى: **فهو للمعمر له ولورثته من بعده**»[5]، ولأن العمرى تمليك للحال، فتثبت الهبة، ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، ولذا لو شرَط الرجوع صريحا: يبطل شرطه أيضا؛ كما: لو قال: «وهبتك هذا العبد حياتك» أو «...حياته»، أو «أعمرتك داري هذه حياتك»، أو «أعطيتها حياتك»، أو «وهبت هذا العبد حياتك، فإذا متَّ: فهو لي، وإذا متُّ: فهو لورثتي»: فهذا تمليك صحيح، وشرطُه باطل.

---

(١) ذكره أبو الليث السمرقندي في «الفتاوى من أقاويل المشايخ في الأحكام الشرعية» (ص: ٥٢٣) بلاغا.

(٢) «الخانية» لقاضي خان (١٣٠/٣).

(٣) في الأصل، م: «أو كسوتك»، والمثبت من ر، ح، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٢٤/٢).

(٤) في الأصل، ر، م، ح، والمطبوع (٥٢٤/٢): «الفقهاء»، والمثبت من ن، غ، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢٨٥/٧)، و«رد المحتار» لابن عابدين (٦٨٩/٥).

(٥) أخرجه مسلم في «صحيحه» ٢٦-(١٦٢٥)، وأبو داود في «سننه» (٣٥٥١)، والنسائي في «سننه» (٣٧٤٠)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (١٤٣٤١/٢٤٥/٢٢).

و«جعلتُه لك عمرى»، و«داري لك هبةً تَسكُنها»، وبِنِيَّتِها في: «حَمَلتُك على هذه الدابة».
وإن قال: «داري لك هبةً سُكنَى» أو «... سُكنَى هبةً» أو «... نُحْلَى سُكنَى» أو «... سُكنَى صدقةً» أو «... صدقةً عاريةً» أو «... عاريةً هبةً»: فعاريةٌ.

وتصحُّ هبة مُشاعٍ لا يَحتمِل القسمةَ، لا ما يَحتمِلها،..........................

(و«**جعلتُه لك عمرى**»)؛ لأن اللام فيه للتمليك، فصار كأنه قال: «ملكتك هذا الشيء إلى آخر عمرى».

(و«**داري لك**) حال كونها (**هبةً**[1] **تَسكُنها**»)؛ لأن اللام في «لك» للتمليك ظاهرا، وقوله: «تسكنها» مشُورة وتنبيهٌ على المقصود وليس بتفسير، فصار نظير قوله: «هذا الطعام لك تأكله».

(**وبِنِيَّتِها**) أي: بنية الهبة (**في**: «**حَمَلتُك على هذه الدابة**»)؛ لأن الحمل يستعمل في الهبة مجازا، فيحمل عليها عند النية كما مر في العارية.

(**وإن قال**: «**داري لك**) حال كونها (**هبةً سُكنَى**»)؛ لِما مرَّ: أن «سكنى» تمييز، فتصير تفسيرا لما قبله؛ لكونه محكما في تمليك المنفعة، فتكون عارية، (**أو**): «داري لك حال كونها (**سُكنَى هبةً**»)؛ لأن في هذا تمليك منفعة، (**أو**): «داري لك حال كونها (**نُحْلَى**) -على وزن: «حُبْلى»: العطيَّة- (**سُكنَى**»)، فتقديره: «نحَلتُها نحلة سكنى»، فـ«سكنى» يرفع الإبهام، (**أو**): «داري لك حال كونها (**سُكنَى صدقةً**»)، فـ«سكنى» يُقرِّر تمليك المنفعة، (**أو**): «داري لك حال كونها (**صدقةً عاريةً**»)؛ لأن «العارية» تمييز، فيصير تفسيرا لما قبله، (**أو**): «داري لك (**عاريةً هبةً**»)» أي: «داري لك بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك»؛ لأن قول «العارية» صريح في تمليك المنفعة: (**فعاريةٌ**) أي: فجميع هذه العبارات تكون عارية لا هبة.

(**وتصحُّ هبة مُشاعٍ لا يَحتمِل القسمةَ**) أي: ليس من شأنه أن يُقسَم؛ بمعنى: لا يبقى منتفَعا به بعد القسمة أصلا كعبدٍ ودابةٍ، أو لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام، (**لا**) أي: لا تصح[2] هبة[3] (**ما**) أي: مشاع (**يَحتمِلها**) أي: القسمة على وجهٍ ينتفع به بعد القسمة كما قبلَها كالأرض والثوب والدار

---

(١) قوله: «داري» مبتدأ، و«لك» خبره، و«هبة» نصب على الحال من ضمير الظرف. (داماد، منه).

(٢) في الأصل، ر: «أي: (لا) تصح»، والمثبت من ح، م، ن، والمطبوع (٢/٥٢٥).

(٣) في الأصل: «الهبة»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٢٥).

فإن قُسِمَ وسُلِّمَ: صحَّ.

ونحو ذلك ولو كانت الهبة لشريك الواهب؛ لأن القبض في الهبة منصوص عليه، فيشترط كماله، والمشاع لا يقبل القبض إلا بضم غيره إليه، وذلك غير موهوب، فلم يوجد القبض الكامل، فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة، ولا تجوز فيما يحتمل القسمة، خلافا للبيع؛ فإنه جائز فيها[١٣٩/ب].

وقالت **الأئمة الثلاثة**: الهبة عقدُ تمليكٍ، فتجوز في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه[١].

وأراد المصنف بـ«الشيوع المانع»: الشيوع المقارنَ للعقد لا الطارئ كأن يرجع الواهب في بعض الهبة شائعا؛ فإنه لا يفسدها، أما الاستحقاق: فيفسد الكل؛ لأنه مقارن لا طارئ.

قيَّد بـ«الهبة»؛ لأن الرهن يبطله الشيوع الطارئ كالمقارن كما في «البحر»[٢].

وفي «الدرر» اعتراض على صدر الشريعة في هذا المحل، فليراجع[٣].

(**فإن قُسِمَ**) أي: أُفرِزَ الجزء الموهوب المشاع، (**وسُلِّمَ**) إلى[٤] الموهوب له: (**صحَّ**) العقد؛ لحصول الشرط بعد رفع الشيوع، وهو كمال الشيوع، ولو سلَّمه شائعا: حتى لا ينفذ تصرُّفه فيه، ويكون مضمونا عليه، وينفذ فيه تصرف الواهب كما في «الدرر»[٥].

وفي «المنح»: هبة المشاع إذا فسدت: لا تفيد الملك وإن قبَض الجملة، روي[٦] ذلك عن أبي يوسف، وهو الصحيح.

وفي «الخلاصة»: الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض، ولا[٧] يثبت الملك للموهوب له بالقبض، هو المختار.

وفي «جامع الفصولين» و«البزازية»: أن الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض، وبه يفتى،

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥٣٤/٧)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (١١٤/٤)، و«المغني» لابن قدامة (٤٥/٦).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٢٨٦/٧).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢١٨/٢)، و«شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٢٦٦/٤).

(٤) في الأصل، ر، م، غ: «أي»، والمثبت من ح، ن، والمطبوع (٥٢٥/٢).

(٥) «درر الحكام» لملا خسرو (٢١٨/٢)، وفيه: «ولو سلمه شائعا: لا يملكه حتى لا ينفذ...»

(٦) في الأصل، ر، م، ح، غ: «مروي»، وفي ن: «قروي»، والمثبت من المطبوع (٥٢٥/٢).

(٧) في الأصل، ر، ح، ن، غ: «أما لا»، والمثبت من م، والمطبوع (٥٢٥/٢).

ولا تصحُّ هبةُ دقيقٍ في بُرٍّ ودُهنٍ في سِمسِمٍ وسَمنٍ في لَبنٍ وإن طُحِنَ أو استُخرِج وسُلِّمَ.

وهبةُ لبَنٍ في ضَرْعٍ وصُوفٍ على غَنَمٍ ونَخلٍ وزَرعٍ في أرضٍ وتَمرٍ في نَخلٍ: كهبةِ المُشاع.

وهبةُ شيءٍ هو في يد الموهوبِ له تَتِمُّ بلا تجديدِ قبضٍ.

فقد اختلف التصحيح لكن لفظ «الفتوى» آكد من لفظ «التصحيح» كما أفاده في بعض المعتبرات[١].

(ولا تصحُّ هبةُ دقيقٍ في بُرٍّ و) هبة[٢] (دُهنٍ في سِمسِمٍ وسَمنٍ في لَبنٍ وإن) -وصلية- (طُحِنَ) البر، (أو استُخرِج) الدهنُ من السمسم، والسمنُ من اللبن، (وسُلِّمَ)؛ لأن الموهوب معدوم وقت الهبة، والمعدومُ ليس بمحل للملك، بخلاف المشاع؛ إذ هو محل [له][٣] حيث كان موجودا وقت العقد إلا أنه يتوقف على القسمة والتسليم، وذلك لا ينافي العقد.

(وهبةُ لبَنٍ في ضَرْعٍ، وصُوفٍ على غَنَمٍ، ونَخلٍ وزَرعٍ في أرضٍ، وتَمرٍ في نَخلٍ: كهبةِ المُشاع)؛ لأن امتناع الجواز للاتصال، وذلك يمنع القبض كالشائع، حتى: إذا فصلت هذه الأشياء عن ملك الواهب، وسُلِّمت: صحت، بخلاف ما: لو وهَب الحَمْل، وسلَّمه بعد الولادة: لا تجوز؛ لأن في وجوده احتمالا، فصار كالمعدوم.

وفي «الكافي»: لو وهب زرعا في أرض وتمرا في شجر، وأمَره بالحصاد والجُذاذ: جاز استحسانا، ويُجعَل كأنه وهَبه بعد الحصاد والجذاذ[٤].

(وهبةُ شيءٍ هو في يد الموهوبِ له تَتِمُّ بلا تجديدِ قبضٍ)؛ لتحقق شرط الهبة، وهو: القبض؛ لأن القبض الواجب بالهبة قبضُ أمانةٍ، فينوب عنه كلُّ قبض، بخلاف ما إذا باعه منه؛ لأن القبض فيه مضمون، فلا ينوب عنه قبضُ أمانةٍ، فيلزمه قبضٌ جديدٌ.

وفي إطلاقه شامل لِما: إذا كانت في يده أمانة أو مضمونة ولو وديعة كأنه بعد الهبة لم

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٠٤/ب)، و«جامع الفصولين» للشيخ بدر الدين (٢/٣١)، و«الفتاوى البزازية» (٢/٣٦٠).

(٢) في الأصل، م، ن من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، غ، والمطبوع (٢/٥٢٥).

(٣) ليست في الأصل، ر، م، والزيادة من ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٢٥).

(٤) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/٢١٨/ب).

وهبةُ الأبِ لطفلِه تَتِمُّ بالعقد إن كان الموهوبُ في يد الأبِ أو يد مودَعِه، لا إن كان في يد غاصبٍ أو مُبتاعٍ بيعًا فاسدًا أو متَّهبٍ. والصدقةُ في ذلك كالهبةِ.

والأمُّ كالأبِ عند غيبتِه غيبةً منقطعةً، أو موتِه وعدمِ وصيّه إن كان الطفلُ في. ....

يكن عاملا للمالك: فاعتُبرت يد الحقيقة.

(وهبةُ الأبِ لطفلِه تَتِمُّ بالعقد)؛ لأنه في قبض الأب، فينوب عن قبض الصغير؛ لأنه وليُّه (إن كان الموهوبُ[1] في يد الأبِ)، فلا يحتاج إلى قبض جديد؛ سواء كان في عياله أو لا، لكن يلزم الإشهاد، وعليه الاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته، (أو في يد مودَعِه)[2]؛ لأن يد المودع كيد المالك.

(لا إن كان) الموهوب (في يد غاصبٍ) أي: لو غصب عبده -مثلا- غاصب، فوهَب لابنه الصغير وهو في يد الغاصب: لا تتم الهبة بمجرد العقد؛ لأنه ليس في يد الأب حقيقة وحكما؛ لكونه مضمونا، والضمانُ إنما يكون بتفويت اليد، (أو) في يد (مُبتاعٍ بيعًا فاسدًا) أي: لو باعه بيعا فاسدا وسلَّم، ثم وهَبه لابنه الصغير: لا تجوز، (أو) في يدِ (متَّهبٍ)، معناه: لو وهَب لآخر بلا عوض، ثم وهَبه لابنه الصغير: لا تجوز، وهو ظاهر، لكن في عامة المعتبرات: «أو في يد مرتهن» مكان: «متهب»؛ يعني: لو رهَن لآخر، ثم وهَب لطفله: لا تتم الهبة بمجرد العقد[3]، تتبَّعْ.

(والصدقةُ في ذلك كالهبةِ) والمراد من «الصدقة» هنا: التصدق لابنه فقط، وإلا: يلزم التكرار؛ لأن المصنف ذكَر مطلق الصدقة في آخر هذا الكتاب، فعلى هذا تفسير صاحب «الفرائد»[١٤٠/أ] في هذا المحل مطلقا[4] ليس بشيء، تتبَّعْ.

(والأمُّ كالأبِ) في أن هبتها لطفلها تَتِمُّ بالعقد (عند غيبتِه) أي: الأب (غيبةً منقطعةً)، وتفسيرها تقدَّم في «باب الأولياء»، (أو موتِه) أي: الأب، (وعدمِ وصيّه إن كان الطفلُ في

---

(١) في الأصل، ر: «(إن) كان (الموهوب)»، وفي م: «(إن كان) الموهوب»، والمثبت من ح، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٢٥).

(٢) في الأصل: «(أو) في يد (مودعه)»، وفي م: «(أو في يد) مودعه» والمثبت من ر، ح، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٢٥).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٠٥/ب)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٢٠)، و«الهداية» للمرغيناني (٣/٢٢٤).

(٤) «الفرائد» للسواسي (٥٦٧/أ).

عيالِها وكذا كلُّ من يَعُول الطفلَ.

وهبةُ الأجنبيِّ له تَتِمُّ بقبضِه لو عاقلا، وبقبضِ أبيه أو جدِّه أو وصيِّ أحدِهما أو أمِّه إن في حِجرِها ....

عيالِها)؛ لأن للأم ولايةَ الحفظ إذا كان في حجرها لكن بشرط غيبة الأب غيبة منقطعة أو موته وعدم وصيِّه؛ لأنه عند حضور الأب أو الوصي لا يكون للأم ذلك ولو في حجرها.

(وكذا كلُّ من يَعُول الطفلَ) كالعمِّ والأخ؛ لأن هذا محض نفعٍ للطفل، ولأنه لمَّا كان له تأديبه وتسليمه في حرفة: كان له التصرف النافع بتمليكه بمجرد الهبة إذا كان في يده كما في الأب عند عدم الأب.

(وهبةُ الأجنبيِّ له) أي: للطفل (تَتِمُّ بقبضِه) أي: بقبض الطفل (لو) كان (عاقلا) أي: مميزا يعقل التحصيل ولو أبوه حيا؛ لأنه في التصرف النافع يَلحق بالبالغ العاقل.

وفي «البحر»: من وهَب لصغير يُعبِّر عن نفسه شيئا، فردَّه: يصح كما يصح قبوله[1].

وفي «السراجية»: من وهَب للصغير شيئا: له أن يرجع فيه، وليس للأب التعويض من مال الصغير[2].

وفي «الخانية»: ويبيع القاضي ما وُهِب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته[3].

(و) تَتمُّ أيضا[4] (بقبضِ أبِيه) حال صغره، (أو جدِّه، أو وصيِّ أحدِهما) أي: بقبض وصي الأب، أو وصي الجد الصحيح؛ سواء كان الصغير في حجرهم أو لا؛ لأن لهؤلاء ولايةً على اليتيم، أما الأب: فظاهر، وأما غيره من الجد والوصي: فلقيامهم مقام الأب، (أو) بقبض (أمِّه إن) كان الطفل (في حِجرِها)؛ لِما مرَّ.

وفي «الخلاصة»: ويُباح للوالدين أن يأكلاَ من المأكول الموهوب للصغير.

فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا عند الاحتياج، وأشار إلى أن ما عُلِم أنه ما وهَب للصغير يكون ملكا له.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٨٩).

(٢) «الفتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٤٠٧).

(٣) «الخانية» لقاضي خان (٣/١٥١).

(٤) في الأصل: «(وتتم) أيضا»، والمثبت من ر، م، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٢٦).

أو أجنبيّ يُربّيه، أو بقبضِ زوجِ الطفلةِ لها ولو مع حضرةِ الأبِ بعد الزِّفافِ لا قبْلَه.

وصحَّ هبةُ اثنَيْن لواحدٍ دارًا، لا عكسُه ....

أما لو اتَّخذ الأب وليمة للختان، فأهدى الناس هدايا، ووضعوا بين يدي الولد؛ فإن كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان أو بشيء يستعمله الصبيان: فالهدية للصبي، وإلا: يُنظَر؛ إن كان من أقرباء الأب أو مَعارفه: فهو للأب، وإن كان من أقرباء الأم أو معارفها: فهو للأم، وسواء[1] كان المُهدِي يقول عند الهدية: «هذا للصبي» أم لا، وهذا إذا لم يقل المهدي: «هذا له» أو «... لها»، وكذا لو اتَّخذ الوليمةَ لزفاف بِنتِه كما مرَّ.

وفي «السراجية»: وينبغي أن يَعدِل بين أولاده في العطايا، والعدلُ عند **أبي يوسف**: أن يعطيهم على السواء -هو المختار كما في «الخلاصة»-، وعند **محمد**: يعطيهم على سبيل المواريث، وإن كان بعض أولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب: لا بأس بأن يُفضِّله على غيره، وعلى جواب المتأخرين: لا بأس بأن يعطي من أولاده من كان عالما متأدبا، ولا يعطي منهم من كان فاسقا فاجرا[2].

(**أو**) بقبضِ (**أجنبيّ يُربّيه**) ويَحجُره؛ لأن له عليه يدا معتبرة حتى لا يتمكن أجنبيٌّ آخرُ أن ينزعه من يده، فيملك النفع في حقه.

(**أو**) تَتِمُّ (**بقبضِ زوجِ الطفلةِ لها**) أي: للطفلة (**ولو**) -وصلية- (**مع حضرةِ الأبِ بعد الزِّفافِ**) أي: بعد أن زفَّتِ الصغيرة إليه في الصحيح؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبْض الهبة منه، ولو قبضه الأب أيضا: صحَّ؛ لأن الولاية له، واشتراطُ الزفاف لثبوت ولاية الزوج؛ لأنه إنما يملكه باعتبار أنه يَعولها، وذلك بعد الزفاف، (**لا قبْلَه**) أي: لا يصح قبض الزوج قبل الزفاف؛ لأنه لا يعولها قبله، ولا يشترط أن يكون مما يُجامِع مثلها في الصحيح.

(**وصحَّ هبةُ اثنَيْن لواحدٍ دارًا**)؛ لأنها سُلِّمت جملةً وقُبِضت جملة، فلا شيوع.

وفيه إشعار: بأن هبة الاثنين للاثنين لا تجوز.

(**لا عكسُه**) أي: لا تصح هبة الواحد للاثنين عند **الإمام** وزفر؛ لأن هذه هبة النصف من كل واحد، فثبت الشيوع، والقبضُ في المشاع لا يتحقق بخلاف الرهن؛ لأن حكمه الحبس بالدين، وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله.

---

(١) هكذا في الأصل، ر، م، ح، ن، غ، وفي المطبوع (٢/٥٢٦) بدون الواو.

(٢) «الفتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٤١٠-٤١١).

خلافا لهما.

وصحَّ تصدُّقُ عشرةٍ على فَقِيرَيْن وهِبتُها لهما، ولا تَصِحَّان لغَنِيَّيْن؛ ....

وقال يعقوب باشا: رجلٌ وهَب من رجلين شيئا يحتمل القسمة: فالهبة فاسدة، وليست باطلة عند الإمام، فإذا قبَضا[١٤٠/ب]: ثبَت لهما الملك على قولٍ، وبه يفتى كما في «الذخيرة»، ويعلم من هذا: أن المراد من «عدم الصحة»: الفسادُ لا البطلانُ كما لا يخفى، فليتأمَّلْ[(١)]، انتهى.

(خلافا لهما)؛ فإن عندهما: تصح نظرا إلى أنه عقدٌ واحدٌ، فلا شيوع؛ كما إذا رهن من رجلين.

وفي «السراجية»: وهَب من رجلين درهما صحيحا: تجوز، وعليه الفتوى[(٢)]؛ لأنها هبة مشاع لا يُقسَم.

وإنما قيّد بـ«الصحيح»؛ لأن المغشوش في حكم العروض، فيكون مما يقسم، فلا تصح هبته للرجلين للشيوع.

(وصحَّ تصدُّقُ عشرةٍ) دراهم (على فَقِيرَيْن وهِبتُها) أي: هبة عشرة دراهم (لهما) أي: الفقيرين، (ولا تَصِحَّان) أي: لا يصح التصدق بعشرة ولا هبتها (لغَنِيَّيْن)، هذا رواية «الجامع الصغير»[(٣)].

جعل كلَّ واحد منهما مجازا عن الآخر، حيث جعل الهبةَ للفقيرين صدقةً، والصدقةَ على الغنيَّيْن هبةً، وفرَّق بين الهبة والصدقة في الحكم حيث أجاز الصدقة على اثنين، ولم يُجز الهبة، والجامع بينهما: أن كلا منهما تمليك بلا عوض، فجازت الاستعارة، والفرق: أن الصدقة يُبتغَى بها وجه الله وهو واحد، والفقير نائب عنه، ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين، ولهذا لو أوصى ثُلُث ماله للفقراء: صحَّ وإن كانوا مجهولين؛ لأنها وقعت لله وهو معلوم، ولو أوصى به لأغنياء غير معيَّنين: لا يجوز.

وفي «الأصل» سوَّى بينهما، فوجب أن يمنع في البابَيْن، فكان في المسألة روايتان.

---

(١) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١١٥/أ).

(٢) «الفتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٤٠٥).

(٣) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ٢١٤).

خلافا لهما.

باب الرجوع فيها: يصحُّ الرجوع فيها كُلًّا أو بعضًا، ....

وقيل: المراد بـ«الصدقة» المذكورة في «الأصل»: الصدقة على غنِيَّين، فلا مخالفة بين الروايتين.

وهذا كله على قول الإمام.

(**خلافا لهما**)؛ فإن عندهما: الهبة من شخص جائزة، فالصدقة أولى.

(باب الرجوع فيها)
أي: في الهبة

قد ذكرنا: أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهَب له غير لازم، فكان الرجوع صحيحا، وقد يَمنع عن ذلك مانعٌ، فيحتاج إلى ذكر ذلك في باب على حدة، فقال:

(**يصحُّ**[1] **الرجوع فيها**) أي: في الهبة بعد القبض ولو مع إسقاط حقه من الرجوع بأن قال: «أسقطتُ حقي من الرجوع»، (**كُلًّا أو بعضًا**) ما لم يمنع مانعٌ من الموانع الآتية.

وعند **الأئمة الثلاثة**: لا يصح الرجوع في الهبة إلا للوالد فيما وهَب لولده؛ لقوله ﷺ: «**لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يُعطِي لولده، والعائدُ في هبته كالكلب يعود في قَيئه**»[2]، وفي رواية: «**لا يحل لواهب أن يرجع في هبته**»[3][4].

ولنا: قوله ﷺ: «**الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب عنها**»[5]؛ أي: ما لم يُعوَّض، والمراد به:

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «صح».

(٢) أخرجه بتمامه أبو داود في «سننه» (٣٥٣٩)، والنسائي في «سننه» (٣٦٩٠)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٤/٢٦/٢١١٩)، وأخرج طرفه الأول ابن ماجه في «سننه» (٢٣٧٧)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٣/٦٢/٥٠٦٢)، وطرفه الثاني البخاري في «صحيحه» (٢٥٨٩)، ومسلم في «صحيحه» ٨-(١٦٢٢).

(٣) أخرجه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١٣/٦٣/٥٠٦٤).

(٤) «الإقناع» للماوردي (ص: ١٢٠)، و«التفريع» لابن الجلاب (٢/٣٦٩)، و«الكافي» لابن قدامة (٢/٢٦٢).

(٥) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢٣٨٧)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٤٢٠/٢١٧٠٤)، والدارقطني في «سننه» (٣/٤٦٠/٢٩٧٠).

ويُكرَه.

ويَمنَع منه حروفُ: «دَمْعٌ خَزَقَه».

بعد التسليم؛ لأنها لا تكون هبة حقيقة قبله، فلهذا قيَّدنا بـ«بعد القبض»، وتأويل ما روَوْه: أن الواهب لا يَستبدُّ بالرجوع من غير تراضٍ ولا حكم حاكمٍ إلا الوالدُ؛ فإن له أن يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاء ولا قضاء كسائر أموال ابنه.

(ويُكرَه) أي: الرجوع تحريما؛ لأن الإمام الزاهدي قد وصف الرجوع بـ«القبح»، وكذا الحدادي وكثير من الشارحين[1]، ولا يقال للمكروه تنزيها: «قبيح»؛ لأنه من قبيل المباح أو قريب منه كما في «المنح»[2].

(ويَمنَع منه) أي: من الرجوع (حروفُ: «دَمْعٌ خَزَقَه»)، أخَذها من بيت شعره قيل فيه، وهو قوله:

ومانعٌ عن الرجوع في الهبه * يا صاحبي حروف «دمع خزقه»

وفي «خزانة الفقه»:

* اثني عشر ينقطع به حق الرجوع؛

(١) إذا كان الموهوب له ذا رحم محرم منه، أو كانت زوجته، أو كان زوجها.

* أو كان أجنبيا، وعوَّضها، وقال: «خُذْ هذا عوضَ هبتِك[3]»، أو «... بدلا عنها»، أو «... جزاء عنها»، أو «... مكافأة عنها»، أو «... في مقابلها».

* أو مات أحدهما.

* أو خرَج عن ملكه.

(٢) أو زاد فيها زيادة متصلة بأن كان عبدا صغيرا فكَبِر.

(٣) أو كان مهزولا فسَمِن.

(٤) أو كانت أرضا فبنى فيها.

---

(١) «الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (١/٣٢٨)، و«شرح مختصر القدوري» للزاهدي (٢٠٥/أ).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٠٨/أ).

(٣) في الأصل: «بيتك»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٢٧).

* **فالدالُ: الزيادةُ المتَّصِلة كالبناء** ....

(٥) أو كان ثوبا فخاطه.

(٦) أو صنعه صنعا[١] يزيد أو غيَّره؛ بأن كان حنطة فطحنها، (٧) أو دقيقا فخبزه، (٨) أو سويقا فلتَّه بسمن.

(٩) أو كان لبنًا فاتَّخذه جُبْنا، (١٠) أو سَمْنا، (١١) أو أَقِطًا.

(١٢) أو كانت جارية، فعلَّمها القرآن والكتابة والمشط[٢].

* تسعة أشياء لا ينقطع[٣] به حق الرجوع[١٤١/أ]:

(١) إذا زادت قيمته.

(٢) أو ولدت الموهوبة: يَرجع في الأم دون الولد.

(٣) أو أثمرت الشجرة: يرجع في الشجر دون الثمر.

(٤) أو كان ثوبا قطعه ولم يَخِطه.

(٥) أو كان دارا فانهدم شيء منها.

(٦) أو وهب لبني عمه.

(٧) أو في مرضه لورثته، ثم مات الواهب عقبه: فلورثته الرجوع فيه.

(٨) أو وهب لأخيه ولأجنبي عبدا: يرجع في نصيب الأجنبي.

(٩) أو استحق العوض: يرجع في الهبة، أو استحق الهبة: يرجع في العوض[٤]، انتهى.

ثم شرَع أن يُبيِّن ذلك بالفاء التفصيلية بقوله:

* (**فالدالُ**) من هذه الحروف: (**الزيادةُ المتَّصِلة**) بالموهوب (**كالبناء**)[٥] على الأرض إذا

---

(١) هكذا في الأصل، والمطبوع (٢/٥٢٧)، وفي ر، م، ح، ن، غ: «صبغه صبغا».

(٢) زاد الشارح أشياء على ما ذكره أبو الليث السمرقندي في «خزانة الفقه»، والأشياء التي رقمناها هي من «خزانة الفقه»، وما سواها من قِبَل الشارح رحمه الله، وأشرنا إليها برمز: «*».

(٣) في الأصل: «تنقطع»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٢٧).

(٤) «خزانة الفقه» لأبي الليث السمرقندي (ص: ٢٦٤).

(٥) ليست في الأصل، غ من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، م، ح، ن، والمبطوع (٢/٥٢٧).

والغَرْسِ والسِّمَنِ، لا المُنفصِلة.

كان يوجب زيادة في الأرض، وإن كان لا يوجب: لا يمنع الرجوع، وإن كان يوجب في قطعة منها بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يُعدُّ مثله زيادة فيها كلها: امتنع من تلك القطعة دون غيرها كما في «التبيين»[١].

وفي «السراجية»: إذا وهَب أرضا، فبنى الموهوب له فيها بناء: بطل الرجوع، ولو زال: عاد حق الرجوع[٢].

(**والغَرْسِ**).

وفي «المنح»: رجل وهَب لرجل أرضا بيضاء أنبتت في ناحية منها نخلا أو بنى فيها بيتا أو دكانا: كان ذلك زيادة فيها، وليس له أن يرجع في شيء منها[٣].

(**والسِّمَنِ**) بأن كان الموهوب هُزَالا، فسمن عند الموهوب له.

واحترز بـ«المتصلة» عن الزيادة المنفصلة، وعن هذا قال:

(**لا المُنفصِلة**) كالولد والأرش والعقر؛ فإنه يرجع في الأصل دون الزيادة.

قيَّد بـ«الزيادة»؛ لأن النقصان كالحبل وقطعِ الثوب بفعل الموهوب أولا غيرُ مانعٍ؛ لِما في «التبيين» من: أنه لا يرجع في الجارية الموهوبة إذا ولدت حتى يستغني ولدُها، فإذا جُعِلت ولم تُردَّ: فللواهب الرجوع فيها؛ لأنه نقصان[٤]، انتهى.

لكن يخالف ما في «السراج» من: أنه لو وهَب له جارية، فحَبِلت في يد الموهوب له، فأراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد: لم يكن له ذلك؛ لأنها متصلة بزيادةٍ لم تكن موهوبة[٥]، تتبَّعْ.

ثم المراد بـ«الاتصال» هو: أن يكون في نفس الموهوب شيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المتن، وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك، وإن زاد من حيث السعر: فله الرجوع؛ لأنه لا زيادة للعين.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٩٨).

(٢) «فتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٤٠٧).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٠٧/ب).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٩٨)

(٥) «السراج الوهاج» لأبي بكر الحداد الزبيدي (٢٧٢/ب).

*** والميمُ: موتُ أحدِ العاقدَيْن.**

---

* وكذا إذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما إذا طال الغلام الموهوب؛ لأنه نقصان في الحقيقة: فلا يمنع الرجوع.

* ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته، واحتاج فيه إلى مؤنة النقل: **عندهما**: ينقطع الرجوع، خلافا **لأبي يوسف**.

* ولو وهب عبدا كافرا، فأسلم في يد الموهوب له، أو وهب عبدا حلال الدم، فعَفَا وليُّ الجناية وهو في يد الموهوب له: لا يرجع، ولو كانت الجناية خطأ، ففداه الموهوب له: لا يمنع الرجوع، ولا يَستردُّ منه الفداء.

* ولو علَّم الموهوبُ له العبدَ القرآن أو الكتابة أو الصنعة: لم يمنع الرجوع؛ لأن هذه ليست زيادة في العين، فأشبهت الزيادة في السعر، وفيه خلاف زفر، وروى الخلاف في العكس.

* ولو اختلفًا في الزيادة: فالقول للواهب؛ لأنه ينكر لزوم العقد كما في «التبيين» و«شرح الكنز» للعيني[1].

* وفي «الخانية»: ولو علَّم القرآن أو الكتابة أو القراءة، أو كانت أعجمية فعلَّمها الكلام أو شيئا من الحروف: لا يرجع الواهب في هبته؛ لحدوث الزيادة في العين[2]، انتهى.

هذا يخالف ما في «التبيين» كما في «المنح»[3].

وفيه كلام؛ لأن صاحب «التبيين» أشار إلى ما في «الخانية»، فقال: ويروى الخلاف في العكس، تدبَّرْ.

* ولو أن مريضا وهَب لرجل جارية، فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب وعليه دين مستغرق: تُردُّ الهبة، ويجب على الموهوب له العُقْر، وهو المختار.

* (والميمُ: موتُ أحدِ العاقدَيْن).

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٩٩)، و«رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٦٣).

(٢) «الخانية» لقاضي خان (٣/١٤٣).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٠٧/ب).

* **والعينُ: العِوضُ المضافُ إليها إذا قبض نحو: «خُذْ هذا عوضًا عن هبتِك» أو «... بدلًا عنها» أو «... في مُقابلتِها» ولو كان من أجنبيٍ، فلو لم يُضَف: فلكلٍّ أن يَرجِع فيما وَهَبَ.**

أما موت الموهوب له: فلخروج الموهوب عن ملكه، وانتقاله إلى وارثه.

وأما موت الواهب: لتعذُّر[١] الرجوع عنه، والوارث ليس بواهب[١٤١/ب]، والنص في حق الواهب.

هذا إذا كان بعد التسليم؛ لأنه قبل التسليم بطلت؛ لعدم الملك.

ورجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مُبطلٌ لها كالموت، فإن كان الحربي أَذِن للمسلم في قبضه، وقَبَضه بعد رجوعه إلى دار الحرب: جاز استحسانا.

* (**والعينُ: العِوضُ المضافُ إليها**) أي: إلى الهبة (**إذا قبض**) الواهب العوض، وفسَّره بقوله: (**نحو: «خُذْ هذا عوضًا عن هبتِك» أو «... بدلًا عنها»**) أي: عن هبتك، (**أو**): «خذه (**في مُقابلتِها**») أي: مقابلة الهبة؛ لأن الشرط في كونه عوضا أن يذكر لفظا يَعلم الواهب أنه عوض (**ولو**) -وصلية- (**كان**) التعويض (**من أجنبيٍ**) أي: جاز العوض من أجنبي، وسقط حق الواهب في الرجوع في الهبة إذا قبض العوض؛ لأن العوض لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبي كبدل الخلع ولو كان التعويض بغير إذن الموهوب له، ولا رجوع للمعوض على الموهوب له ولو كان شريكَه؛ سواء كان بإذنه أو لا؛ لأن التعويض ليس بواجب عليه، فصار كما لو أمره أن يتبرع لإنسان إلا إذا قال: «على أني ضامن».

(**فلو لم يُضَف**) أي: لم يقل الموهوب له: «خُذْ عوض هبتك»: يكون فعله هبة مبتداء لا تعويضا، فيشترط فيه ما يشترط في الهبة من القبض: (**فلكلٍّ**) واحد منهما (**أن يَرجِع فيه وَهَبَ**).

وفي «المبسوط»: هذا سواء [كانت][٢] الهبة شيئا قليلا أو كثيرا، وسواء كان العوض من جنسها أو من غير جنسها؛ لأنها ليست بمعاوضةٍ محضةٍ حتى يتحقَّق فيها الربا، وإنما هي لقطع الرجوع[٣].

---

(١) هكذا في النسخ كلها، وفي المطبوع (٢/٥٢٧): «فلتعذر».

(٢) ليست في الأصل، ر، غ، والمثبت من م، ح، ن، والمطبوع (٢/٥٢٨).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (١٢/٧٨).

* **والخاءُ: الخروجُ عن ملكِ الموهوبِ له.**

* **والزايُ: الزوجيّةُ وقتَ الهبةِ، فله الرجوعُ لو وَهَبَ ثم نكَحَ، لا لو وَهَبَ ثم أَبانَ.**

* **والقافُ: القرابةُ، فلا رجوعَ فيما وَهَبَ لِذِي رحمٍ مَحرمٍ.**

* **والهاءُ: هلاكُ الموهوبِ، والقولُ فيه قولُ الموهوبِ له،** ....

---

* **(والخاءُ: الخروجُ)** أي: خروج العين الموهوبة **(عن ملكِ الموهوبِ له)** بسببٍ من أسباب الملك كالبيع والهبة؛ فإن تبدُّل الملك كتبدُّل العين، فلو ضحَّى الشاة الموهوبة أو نذَر التصدق بها، وصارت لحما[1] لا يمنع الرجوع عند **الطرفين**، خلافا **لأبي يوسف**.

* **(والزايُ: الزوجيّةُ)** أي: الزوجية مانعة من الرجوع؛ لأن المقصود فيها الصلة -أي: الإحسان- كما في القرابة **(وقتَ الهبةِ، فله الرجوعُ لو وَهَبَ ثم نكَحَ)**؛ لأنها لم تكن زوجةً وقت الهبة، **(لا)** يَرجع **(لو وَهَبَ ثم أَبانَ)**؛ لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة.

* **(والقافُ: القرابةُ)**؛ لأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل، وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع؛ سواء كان القريب مسلما أو كافرا.

ثم فسَّر القرابة بقوله:

(فلا رجوعَ فيما وَهَبَ لِذِي رحمٍ مَحرمٍ) من الواهب، وإن وهَب لمحرم بلا رحم كأخيه من الرضاع وأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات: لا يمنع الرجوع.

وقيَّد بـ«المحرم»؛ لأن الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع، ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي: فإنه يرجع فيها عند **الإمام**، **وقالا**: لا يرجع في الأولى، ويرجع في الثانية، ولو كانا -أي: العبد ومولاه- ذا رحم محرم من الواهب: فلا رجوع فيها -أي: في الهبة- للواهب **اتفاقا** على الأصح.

* **(والهاءُ: هلاكُ الموهوبِ)**؛ فإنه مانع من الرجوع؛ لتعذُّره بعد الهلاك؛ إذ هو غير مضمون عليه، **(والقولُ فيه)** أي: في الهلاك **(قولُ الموهوبِ له)**؛ لأنه منكر لوجوب الرد عليه، فأشبه المودع.

وفي «الخلاصة»: لو قال الموهوب له: «هلكت»: فالقول قوله، ولا يمين عليه، فإن

---

(١) في الأصل، ر، ن: «كما»، والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٢٨).

وفي الزيادة قولُ الواهبِ.

ولو عُوِّضَ، فاستُحِقَّ نصفُ الهبةِ: يَرجِع بنصف العِوض، وإن استُحِقَّ نصفُ العِوض: لا يَرجِع بشيء حتى يَرُدَّ باقيَه، وإن استُحِقَّ الكلُّ: رَجَعَ بالكل فيهما. ولو عُوِّضَ عن نصفِها: فله أن يَرجِع بما لم يُعوَّض. ....

قال الواهب: «هي هذه»: حلَف المنكر: «أنها ليست هذه» كما يَحلف الواهب: «أن الموهوب له ليس بأخيه» إذا ادعى الأخ عليه ذلك كما في «المنح»[1].

(**وفي الزيادة قولُ الواهبِ**) أي: لو ادَّعى الموهوب له ازدياد ما في يده زيادة متصلة، وأنكرها الواهب: فيكون القول له، خلافا لزفر.

(**ولو عُوِّضَ**) الموهوب له[١٤٢/أ]، (**فاستُحِقَّ نصفُ الهبةِ: يَرجِع**[2] **بنصف العِوض**)؛ لأن نصف العوض عوضٌ عن نصف الهبة، فلمَّا لم يسلم له نصف الهبة: يرجع بنصف العوض كما في البيع.

(**وإن استُحِقَّ نصفُ العِوض: لا يَرجِع**) الواهب (**بشيء حتى يَرُدَّ باقيَه**) أي: باقيَ العوض؛ لأن العوض ليس ببدل حقيقة بدليل أنه يجوز أن يُعوِّضه أقلَّ من جنسه في المقدرات، ولو كان معاوضة: لَما جاز للربا، وإنما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع كما مرَّ آنفا، إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض، فإذا لم يسلم له كله: كان له الخيار؛ إن شاء: رَضِي بما بَقِي من العوض، وإن شاء: ردَّ الباقيَ عليه، ويرجع في الهبة، خلافا لزفر؛ إذ عنده يرجع بالنصف اعتبارا بالموهوب.

(**وإن استُحِقَّ الكلُّ: رَجَعَ بالكل فيهما**) أي: لو استحق كل الهبة: كان للموهوب له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائما، وبمثله إن هالكا وهو مثليٌّ، وبقيمته إن قيميًّا، ولو استحق كل العوض: حيث يرجع في كل الهبة إن كانت قائمة لا إن هالكة، ويشترط أن لا تزداد العين الموهوبة، فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة: لم يرجع كما في «الخلاصة».

(**ولو عُوِّضَ عن نصفِها**) أي: الهبةِ: (**فله**) أي: للواهب (**أن يَرجِع بما لم يُعوَّض**)؛ لأن المانع قد خصَّ النصف، غاية ما فيه: أنه يلزم منه الشيوع في الهبة، لكنه طارٍ، فلا يضره.

وفي «المنح» نقلا عن «المجتبى»: أن العوض المانع من الرجوع هو المشروط في

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٠٩/ب).

(٢) هكذا في الأصل، م، ح، ن، غ، وفي ر، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٢٨): «رجع».

ولو خَرَجَ نصفُها عن ملكِه: فله أن يَرجِع بما لم يَخرُج عن ملكه.

ولا يصحُّ الرجوع إلا بتَراضٍ أو بحكمِ قاضٍ. فلو أَعتَقَ الموهوبُ له بعْدَ الرجوع قبْلَ القضاءِ والتسليمِ: نَفَذَ. ....

عقد الهبة، أما إذا عوَّضه بعده: فلا، ولم أر من صرَّح به غيره، وفروع المذهب في هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط؛ منها: ما تقدَّم من أن دقيق الحنطة يصلح عوضا عنها، ومن أنه لو عوَّضه ولد أحد جاريتين موهوبتين وُجِد بعد الهبة: فإنه يمتنع الرجوع، وتمامه فيه[1]، فليطالع.

(**ولو خَرَجَ نصفُها**) أي: نصف الهبة (**عن**[2] **ملكِه**) أي: الموهوبِ له: (**فله**) أي: للواهب (**أن يَرجِع بما لم يَخرُج عن ملكه**[3])؛ لأن المانع من الرجوع -وهو: الخروج عن ملكه- لم[4] يوجد إلا في النصف، فيتقدر الامتناع بقدره، ولأن له الرجوع في كل الهبة، ففي النصف أولى أن يرجع إذا لم يُعوِّض.

(**ولا يصحُّ الرجوع**) عن الهبة (**إلا بتَراضٍ**) من الطرفين، (**أو بحكمِ قاضٍ**) بالرجوع؛ لولايته على العامة، ولولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض؛ إذ في حصول المقصود وعدمِه خفاء؛ لأن من الجائز أن يكون المراد الثواب والتحبُّب، وعلى هذا لا يرجع؛ لحصول المرام، ومن الجائز أن يكون المراد العوض، وعلى هذا يرجع، فلا بد من الإلزام والقضاء.

وعند **الأئمة الثلاثة**: يصح بدونهما[5].

ثم فرَّعه بقوله:

(**فلو أَعتَقَ الموهوبُ له**) العبد الموهوب (**بعْدَ الرجوع قبْلَ القضاءِ والتسليمِ: نَفَذَ**) إعتاقه؛ لأنه لا يخرج عن ملك الموهوب له إلا بالقضاء والرضاء، فيصح إعتاقه قبلها.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٠٩/أ).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «من».

(٣) هكذا في الأصل، ح، ن، غ، وليست لفظة: «عن ملكه» في ر، م، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٢٨) من صلب المتن لـ«الملتقى».

(٤) في الأصل، ر: «ما لم»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٢٨).

(٥) «أسنى المطالب» للسنيكي (٢/٤٨٤)، و«الذخيرة» للقرافي (٦/٢٦٦)، و«المبدع» لابن مفلح (٥/١٩١).

ولو مَنَعَه، فهَلَكَ: لا يَضمَن.

وهو مع أحدِهما فسخٌ من الأصل، لا هبةٌ من الموهوب له. فلا يُشترَط قبضُه. وصحَّ في المُشاع.

وإن تَلِفَ الموهوبُ، فاستحقَّ، فضَمِنَ الموهوبُ له: لا يَرجِع على واهبِه.

والهبةُ بشرطِ العِوضِ:

(ولو مَنَعَه) أي: منع الموهوبُ له الموهوبَ عن الواهب بعد أن يرجع قبل القضاء أو بعده، (فهَلَكَ) الموهوب في يد الموهوب له: (لا يَضمَن)؛ لأن يده غير مضمونة، إلا إذا طلَبه بعد القضاء، فمنعه مع القدرة على التسليم: فحينئذ يكون يده يد ضمان؛ لمنعه بعد طلبه، فظهر الفرق بين المنع بعد الرجوع وبين المنع بعد الطلب.

(وهو) أي: الرجوع (مع أحدِهما) أي: مع التراضي أو قضاء القاضي (فسخٌ) لعقد الهبة (من الأصل)، أو إعادة للملك القديم، (لا هبةٌ من الموهوب له).

وعند زفر: الرجوع بالتراضي عقدٌ جديدٌ، فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة.

ولنا: أن عقد الهبة وقع جائزا موجبا لحق الفسخ، فإذا رجع الواهب: كان مستوفيا لحقٍ ثابتٍ له بالعقد؛ لأن العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد.

ثم فرَّعه بقوله: (فلا يُشترَط قبضُه) أي: الواهبِ؛ لأن القبض إنما يعتمد في انتقال الملك، لا في عوده إلى الملك القديم.

(وصحَّ) أي: الرجوع (في المُشاع) القابل للقسمة بأن وهَب دارا ورجع في نصفها، ولو كان هبة مبتدأة: لَما صح في المشاع القابل للقسمة.

(وإن[1] تَلِفَ الموهوبُ) عند الموهوب له[١٤٢/ب]، (فاستحقَّ) مستحِقٌّ، (فضَمِنَ الموهوبُ له) قيمته للمستحق: (لا يَرجِع على واهبِه) بما ضمن؛ لأن العقد تبرُّع، وهو غير عامل له، فلا يستحق السلامة، ولا يثبت به الغرور، بخلاف الوديعة؛ لأن المودَع عامل له، وبخلاف المعاوضات؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة، والإعارة كالهبة هنا كما في «التنوير»[2].

(والهبةُ بشرطِ العِوضِ:

---

(١) في الأصل: «فإن»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٢٩).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٧٤).

* **هبةٌ ابتداءً، فشُرِطَ القبض في العِوَضَيْن، ومَنَعَها الشيوعُ في أحدهما.**

* **بيعٌ انتهاءً، فتَثبُت الشفعةُ وخيارُ العيبِ والشرطِ والرؤيةِ في كلٍّ منهما.**

---

* (**هبةٌ ابتداءً**) أي: في ابتداء العقد، (**فشُرِطَ القبض في العِوَضَين**)؛ لأن القبض شرط في الهبة؛ لِما مرَّ، وكل واحد منهما واهب من وجه، (**ومَنَعَها**) أي: الهبة (**الشيوعُ**) فيما يحتمل القسمة (**في أحدهما**) أي: في أحد العوضين؛ لِما مرَّ من: أن هبة المشاع لا تصح.

* (**بيعٌ انتهاءً**) أي: في انتهاء العقد بعد التقابض، (**فتَثبُت الشفعةُ**) إذا كان عقارا كما مرَّ، (**وخيارُ العيبِ والشرطِ والرؤيةِ في كلٍّ**) واحد (**منهما**).

والفاء في قوله: «فشرط»، وفي قوله: «فتثبت» نتيجةُ ما قبلهما من الكلام.

وعند **زفر والأئمة الثلاثة**: بيعٌ مطلقا؛ أي: ابتداء وانتهاء؛ لأنها تمليك ببدل من الابتداء، فكان بيعا[1].

ولنا: أنه اشتمل[2] على وجهين، فيجمع بينهما ما أمكن؛ عملا بالشَّبَهين، فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجري فيه أحكام الهبة، وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجري فيه أحكام البيع، ولا منافاة بين الحكمين؛ لأن الهبة من حكمها تأخيرُ الملك إلى القبض، ومن حكم البيع اللزومُ، وقد ينقلب الهبة البيع بالتعويض.

هذا إذا ذكره بكلمة على بأن يقول: «وهبتُك ذا على أن تُعوِّضني كذا»؛ إذ لو قال: «وهبتُك بكذا»: فهو بيع إجماعا كما في «الحقائق» و«الغاية»، وظاهره: أنه بيع ابتداء وانتهاء كما في «البحر»[3].

وفيه إشعار بأنه إذا كان حرف الشرط كلمة «إن» بأن يقول: «وهبتُك كذا إن كان كذا»: ينبغي أن تكون الهبة باطلة كالبيع.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/٤١١)، ومذهب الحنبلي كمذهب أئمتنا «الإنصاف» للمرداوي (٧/١١٦)، و«المدونة» للإمام مالك (٤/٢٤٦).

(٢) في الأصل، ر: «استعمل»، والمثبت من ح، م، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٢٩).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٩٥)، و«غاية البيان» لأمير كاتب الأتقاني (٤/٥٩/ب-٦٠/أ).

فصل: ومن وَهَبَ أمةً إلا حملَها أو على أن يرُدَّها عليه أو يُعتِقها أو يَستولِدها: صحَّتِ الهبة، وبَطَلَ الاستثناءُ والشرطُ. وكذا لو وَهَبَ دارًا على أن يرُدَّ عليه بعضَها أو يُعوِّضه شيئا منها.

(فصل)
في بيان أحكام مسائل متفرقة

(**ومن وَهَبَ أمةً إلا حملَها، أو**) وهَبها (**على**) شرط (**أن يرُدَّها**) أي: يرد الموهوب له الأمة (**عليه**) أي: على الواهب، (**أو**) على أن (**يُعتِقها، أو**) على أن (**يَستولِدها**) أي: يتَّخذ الأمة أمَّ ولدٍ: (**صحَّتِ الهبة**) في الصُّوَر كلِّها، (**وبَطَلَ الاستثناءُ**)؛ لأنه لا يعمل إلا في محلٍّ يعمل فيه العقد، والهبةُ لا تعمل في الحمل قصدا؛ لأن ما في البطن ليس بمال، ولا يعلم وجوده حقيقة، فتصح فيهما، وفي الجنين لا يجوز؛ لأنه جزء، فلا يجوز استثناؤه، بخلاف الوصية؛ لأن إفراد الحمل بالوصية جائز، وكذا استثناؤه، (و) بَطَلَ (**الشرطُ**)[1] في الصوَر الباقية؛ لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك، فيكون فاسدا، والهبةُ لا تَفسد بالشرط الفاسد كما مرَّ.

(**وكذا**) تصح الهبة وبطل الشرط: (**لو وَهَبَ دارًا على أن يرُدَّ**) أي: الموهوب له (**عليه**) أي: على الواهب (**بعضَها**) أي: الدارِ (**أو**) على أن (**يُعوِّضه شيئا منها**) أي: من الدار.

واعتَرَض الزيلعي تبعا لصاحب «النهاية» على قولهم: «أو يُعوِّضه شيئا منها»: بأن المراد [به][2]؛ إما الهبة بشرط العوض، فهي والشرط جائزان، فلا يستقيم [قوله][3]: «وبطل الشرط»، وإن أراد أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة: فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله: «على أن يرد شيئا منها»[4]، انتهى.

وأجاب صاحب «الدرر»: بأن نختار الشق الأول، وقوله: «فهي والشرط جائزان» ممنوع، وإنما يجوز إذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة، وصرَّح به

---

(١) ليست في الأصل ما يشير إلى أنها من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٢٩).

(٢) ليست في الأصل، ر، والزيادة من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٢٩).

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٢٩).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٠٣)، و«النهاية» للسغناقي (٢/٢٥٨/أ).

ولو دَبَّرَ الحَمْلَ ثم وَهَبَها: فالهبةُ باطلةٌ، بخلافِ ما لو أَعتَقَه ثم وَهَبَها.

ومن قال لمَديونِه: «إذا جاء غدٌ: فالدَّينُ لك» أو «... فأنتَ بريءٌ منه» ....

بعض شراح «الهداية»، وكذا الحال في الصدقة[1]، انتهى.

لكن إن ما جعَل مبنى الجواب من «كون العوض المجهول شرطا فاسدا» موافقٌ لـ«الخانية» في مسألة هبة الأرض بشرط إنفاق ما يخرج منها على الواهب[2]، لكنه مخالف لما قاله التمرتاشي من أنه: «لو وهَب بشرط العوض، ولم يسمِّ العوض: جاز»[3]؛ لأن الهبة تقتضي عوضا مجهولا.

وقد أجاب بعض الفضلاء بأنا نختار الشق الثاني ولا تكرار؛ لأن في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى[4].

لكن الأولى[١٤٣/أ] ما في «شرح الكنز» للعيني من أنه: لا يلزم التكرار أصلا؛ لأن قوله: «على أن يردَّ عنه شيئا منها» لا يستلزم أن يكون عوضا؛ لأن كونه عوضا إنما هو بألفاظ مخصوصة، فيجوز أن يكون ردًّا ولا يكون عوضا؛ لعدم الاستلزام، وأما قوله: «أو يُعوِّضه شيئا منها»: فصريح بالعوض، ولا شك أنهما متغايران[5].

(**ولو دَبَّرَ الحَمْلَ، ثم وَهَبَها**) أي: الأمة: (**فالهبةُ باطلةٌ**)؛ لأن المدبر يبقى على ملك الواهب إلى موته، فصار كهبة المشاع[6]، (**بخلافِ ما لو أَعتَقَه**) أي: الحمل، (**ثم وَهَبَها**) أي: الأمة؛ فإنه يجوز العتق في الولد والهبة في الأمة؛ لأن الجنين لم يبق على ملك الواهب، فلم تشتغل الأمة غير حضانة الولد.

(**ومن قال لمَديونِه: «إذا جاء غدٌ: فالدَّينُ لك»، أو**) قال: (**«... فأنتَ بريءٌ منه»**) أي:

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٢٥).

(٢) «الخانية» لقاضي خان (٣/١٣٤).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص:١٨٥).

(٤) المراد بـ«بعض الفضلاء»: ابن كمال باشا كما في «الإيضاح في شرح الإصلاح» (٢/٣٠١).

(٥) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٦٦).

(٦) **فإن قيل**: هَبْ أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة: **أجيب**: بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة، فأُنزِل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب، فكان في حكم مشاعٍ يحتمل القسمة. (داماد، منه).

أو «إن أدَّيتَ إليَّ نصفَه فالباقي لك» أو «... فأنتَ بريءٌ منه»: فهو باطلٌ.

والعُمْرى جائزةٌ للمعمَر حالَ حياتِه، ولوَرثتِه بعْدَه. وهي: أن يَجعَل دارَه له مدَّةَ عُمُرِه، فإذا ماتَ: رُدَّت إليه.

من الدين، (أو) قال: («إن أدَّيتَ إليَّ نصفَه) أي: الدين: (فالباقي) أي: النصف الآخر (لك»، أو) قال له: «إن أديت إليَّ نصفه[1]: (فأنتَ بريءٌ منه») أي: من النصف الباقي: (فهو باطلٌ)؛ لأن الإبراء تمليكٌ من وجه وإسقاطٌ من وجه، ولهذا يرتدُّ بالرد ولا يتوقف على القبول، والتعليقُ بالشرط يختصُّ بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، وهذا تمليك من وجه، فلا يجوز تعليقه بالشرط، فيبطل، بخلاف قوله: «أنت بريء من النصف على أن تؤدي إليَّ النصف»؛ لأنه تقييد وليس بتعليق كما في «التبيين» وغيره[2].

* ولو قال لمديونه: «إن كان لي عليك دينٌ: أبرأتُك عنه»، وله عليه دين: صح الإبراء؛ لأنه تعليق بشرط كائن، فيكون تنجيزا.

* ولو قالت لزوجها المريض: «إن متَّ من مرضك هذا: فأنت في حِلٍّ من مهري»، أو قالت: «... مهري عليك صدقة»: فهو باطل؛ لأن هذه مخاطرة وتعليق.

* ولو قال الطالب لمديونه: «إذا متُّ: فأنا بريء من الدين الذي لي عليك»: جاز، ويكون وصيةً من الطالب للمطلوب كما في «المنح»[3].

(والعُمْرى جائزةٌ للمعمَر) -بفتح الميم الثانية-، وهو: الموهوب له (حالَ حياتِه، ولوَرثتِه بعْدَه) أي: بعد وفاته؛ لقوله ﷺ: «من أعمر عُمرَى: فهي للمعمر له ولورثته»[4]؛ لأن المفهوم منه بطلان الشرط؛ لأنه قال ﷺ: «ولورثته» كما بيَّنَّاه في أول الكتاب.

ثم أشار إلى تفسير «العمرى» بقوله:

(وهي: أن يَجعَل دارَه له مدَّةَ عُمُرِه، فإذا ماتَ: رُدَّت) الدار (إليه) أي: إلى الواهب، بطل شرط الرد بعد الموت؛ لِما مرَّ.

---

(١) في الأصل ما يشير إلى أن هذا التعليق من صلب المتن لـ«الملتقى»، والصواب عدمه كما في بقية النسخ، والمطبوع (٥٢٩/٢-٥٣٠).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٠٤/٥)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢٩٦/٧)

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢١١/أ).

(٤) سبق تخريجه.

والرُّقبى باطلةٌ، فإن قَبَضَها: كانت عاريةً في يده، وعند أبي يوسف: تصحُّ كالعُمرى. وهي أن تقول: «إن متُّ قبلَك: فلك ذلك، وإن متَّ قبلِي: فلِي».

والصدقةُ كالهبةِ؛ لا تصحُّ بدون............................

(**والرُّقبى**) -بضم الراء- (**باطلةٌ، فإن قَبَضَها: كانت عاريةً في يده**[1])، هذا عند **الطرفين**.

(**وعند أبي يوسف: تصحُّ كالعُمرى**)؛ لما روي عن ابن عباس ﭫ: أنه ﷺ قال: «**العمرى جائزة لمن أعمرها، والرقبى جائزة لمن أرقبها**»[2]، وبه قال **الشافعي وأحمد**[3].

والجواب عنه: أنه مأخوذ من «الإرقاب»؛ معناه: «رقبةُ داري لك»، وذلك جائز[4]، لكن لمَّا احتمل الأمرين: لم تثبت الهبة بالشك، فتكون[5] عارية.

ثم أشار إلى تفسيرها بقوله:

(**وهي أن تقول**[6]: «**إن متُّ قبلَك: فلك ذلك**[7]، **وإن متَّ قبلِي: فلِي**»)، فيترقب كل واحد موت صاحبه.

وفي «التنوير»: بعث إلى امرأته متاعا وبعثت له أيضا، ثم افترقَا بعد الزفاف، وادعى أنه عارية، وأراد الاسترداد وأرادت الاسترداد أيضا: يستردُّ كل ما أعطى[8]؛ لِما في «فتاوى قاضي ظهير الدين» من أنه: «رجل تزوَّج امرأة، وبعث هدايا إليها، وعوضت المهر لهدايا عِوضًا للْهبة، فإذا لم يكن ذلك هبة: لم يكن ذلك عوضا، وكان لكل واحد منهما أن يستردَّ».

(**والصدقةُ كالهبةِ**)؛ لأنها تبرع مثلها، فإذا كان كذلك: (**لا تصحُّ**) الصدقة (**بدون**[9]

---

(١) لفظة: «فإن قبضها: كانت عارية في يده» في نسخة المؤلف بعد قوله: «وإن متَّ قبلي: فلِي».

(٢) أخرجه النسائي في «سننه» (٣٧١٠)، وابن ماجه في «سننه» (٢٣٨٣)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٢٢٥٠/١١٤/٤).

(٣) «المهذب» للشيرازي (٣٣٦/٢)، و«الكافي» لابن قدامة (٢٦٤/٢).

(٤) في الأصل، ر، ن: «جائزة» والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٥٣٠/٢).

(٥) في الأصل، ر، ن: «فيكون» والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٥٣٠/٢).

(٦) هكذا في الأصل، ر، والمطبوع (٥٣٠/٢)، وفي م، ح، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يقول».

(٧) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «ذلك».

(٨) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٥).

(٩) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «قبل».

القبض ولا في مُشاعٍ يُقسَم، ولا رجوعَ فيها ولو لغَنيٍّ ولا في الهبة لفقيرٍ.

ولو قال: «جميعُ مالي...» أو «ما أَملِكه لفلانٍ»: فهو هبةٌ، وإن قال: «ما يُنسَب إليَّ...» أو «ما يُعرَف بي»: فإقرارٌ.

القبض)، بل لا بد من كونها مقبوضة كالهبة، (**ولا**) تصح (**في مُشاعٍ يُقسَم**) أي: يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الإمام، خلافا لهما على ما تقدَّم في الهبة، (**ولا رجوعَ فيها**) أي: في الصدقة بعد القبض؛ لأن المقصود فيها هو الثواب دون العوض (**ولو**) كانت الصدقة (**لغَنيٍّ**) استحسانا؛ لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب؛ لكثرة عياله.

وفي «الخانية»: ولو اختلفَا، فقال الواهب: «كانت هبة[١٤٣/ب]»، وقال الموهوب له: «صدقة»: فالقول للواهب[١].

وفي «العناية»: في هذا المحل كلام[٢]، وفي «حاشيته» للمولى سعدي جواب[٣]، فليطالع.

(**ولا**) رجوع (**في الهبة لفقيرٍ**)؛ لأن المقصود الثواب وقد حصل، بخلاف الهبة لغنيٍّ؛ لأنها قد تكون لعوض دنيوي.

(**ولو قال: «جميعُ مالي...» أو «ما أَملِكه لفلانٍ»: فهو هبةٌ**)؛ لأن مملوكه لا يصير لغيره إلا بتمليكه، (**وإن [قال]**[٤]: «**ما يُنسَب إليَّ...**» أو «**ما يُعرَف بي**) لفلان»: (**فإقرارٌ**)؛ لأنه لا يفهم منه التمليك، وإنما يفهم منه: «أنه ملكٌ لفلان، ولكنه منسوب إليَّ بكونه في يدي»، فيكون إقرارا.

وفي «التنوير»: هبة الدين ممَّن عليه الدين وإبراؤه عنه يتم من غير قبول، تمليكُ الدين ممن عليه[٥] الدين باطل إلا إذا سلَّطه على قبضه[٦].

---

(١) «الخانية» لقاضي خان (١٤٤/٣).

(٢) «العناية» للبابرتي (٥٦/٩).

(٣) «حاشية العناية» لسعدي أفندي (١٤٤/٧).

(٤) ليست في الأصل، الزيادة من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٣٠/٢).

(٥) هكذا في النسخ كلها، والمطبوع (٥٣٠/٢)، وفي «التنوير»: «ليس عليه».

(٦) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٥).

....

وفي «المنح» نقلا عن «جواهر[1] الفتاوى»[2]: لمَّا سألته عمن كتب قصة إلى السلطان، وسأل منه تمليك أرض محدودة، فأمَر السلطان بالتوقيع، فكتب كاتب السلطان على ظهر القصة: «إني جعلت الأرض ملكا له»، هل يصير ملكا له أم يحتاج[3] إلى القبول من السلطان في مجلس واحد؛ فإنه تمليك يحتاج إلى القبول عن السلطان في المجلس[4]؟

قال: هذا هو القياس، لكن لمَّا تعذَّر الوصول إليه: أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره، فإذا أمَره بذلك وأخَذ منه[5] بالتوقيع: تملَّك[6].

** ** **

(١) في الأصل، ر: «جوهر»، والمثبت من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٠).

(٢) «جواهر الفتاوى» للإمام ركن الدين أبي بكر محمد بن أبي المفاخر بن عبد الرشيد الكرماني الحنفي (ت: ٥٦٥)، أوله: «الحمد لله الذي أكرم علماء الأمة بالاجتهاد...»، ذكر فيه: أنه ظفر بفتاوى أبي الفضل الكرماني، وسأل من جمال الدين اليزدي مسائل كثيرة، ثم أضاف إليه من فتاوى أئمة بخارى وما وراء النهر وخراسان وكرمان. وجعل كل كتاب ستة أبواب:

الأول: من فتاوى ركن الدين أبي الفضل الكرماني، **والثاني**: من فتاوى جمال الدين اليزدي، **والثالث**: من فتاوى الإمام عطاء بن حمزة السغدي، **والرابع**: من فتاوى النجم عمر النسفي، **والخامس**: من فتاوى مجد الشريعة أبي محمد سليمان بن الحسن الكرماني، **والسادس**: من فتاوى أئمة المتأخرين بأسمائهم. «كشف الظنون» لحاجي خليفة (١/٦١٥)، و«هدية العارفين» لإسماعيل البغدادي (٢/٩٦).

(٣) في الأصل، ر، ن، والمطبوع (٢/٥٣٠): «لا يحتاج»، والمثبت من م، ح، غ.

(٤) في الأصل، ر: «عن السلطان في مجلس واحد؛ فإنه تمليك يحتاج إلى القبول في المجلس»، والمثبت من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٠).

(٥) في الأصل، ر: «وأخدمته»، والمثبت من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٠).

(٦) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢١٢/أ-٢١٢/ب).

كتاب الإجارة: هي: «بيعُ منفعةٍ معلومةٍ بعِوضٍ........

(كتاب الإجارة)

عقَّبه بالهبة ترقِّيا من الأعلى إلى الأدنى؛ فإن الإجارة تمليك المنافع، والهبةَ تمليك العين، [والعين أقوى][(١)].

وهي في **اللغة**: اسم لـ«الأجرة»، وهي: ما يُستحَقُّ على عمل الخير.

وفي «القهستاني»: فإنها وإن كانت في الأصل مصدر: «أجَر زيدٌ، يأجُر -الضم-؛ أي: صار أجيرا» إلا أنها في الأغلب تستعمل[(٢)] بمعنى: «الإيجار»؛ إذ المصدر يقام بعضها مقام البعض، فيقال: «آجرت إجارة»؛ أي: أكرَيْتها، ولم يجئ من «فاعَل» بهذا المعنى على ما هو الحق، كذا في «الرَّضِي»[(٣)].

وقال بعض أهل العربية: «الإجارة»: «فِعالة» من المفاعلة، و«آجَرَ» على وزن «فاعَل» لا «أَفعَلَ»؛ لأن «الإيجار» لم يجئ، والمضارع: «يُؤاجِر»، واسم الفاعل: «المُؤاجِر».

وفي «عين» الخليل: «آجَرت زيدا مملوكي، أُوجِره، إيجارا»[(٤)].

وفي «الأساس»: «آجَر، وهو مؤجر»، ولم يقل: «مؤاجر»؛ فإنه غلطٌ ومستعملٌ في موضع قبيح[(٥)].

وقد جوَّز صاحب «الكشاف» في «مقدمة الأدب»: كون «آجَر[(٦)] الدارَ» من باب «الإفعال» و«المفاعلة» معا[(٧)].

وفي **الاصطلاح**:

(هي) أي: الإجارة: **(«بيعُ منفعةٍ)**: احتراز عن بيع عينٍ، **(معلومةٍ)** جنسا وقدرا **(بعِوضٍ** مالي، أو نفعٍ من غير جنس المعقود عليه كسكنى دارٍ بركوب دابةٍ، ولا يجوز بسكنى دار

---

(١) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٠).

(٢) في الأصل، ر، والمطبوع (٢/٥٣٠): «يستعمل»، والمثبت من بقية النسخ.

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٦٦)، و«شرح شافية ابن الحاجب» للرضي (٣/٥٤).

(٤) «كتاب العين» لخليل بن أحمد (٦/١٧٣).

(٥) «الأساس» للزمخشري (١/٢٢).

(٦) في الأصل، ر: «أجرة»، وفي ن: «آجره»، والمثبت من م، ح، غ.

(٧) «مقدمة الأدب» للزمخشري (ص: ١٩٣)، و(ص: ٢٢٦).

معلومٍ دينٍ أو عينٍ».

أخرى للربا، (**معلومٍ**) قدرا وصفة في غير العُروض؛ لأن جهالتهما تفضي[(١)] إلى المنازعة، (**دينٍ**) أي: مثليّ كالمكيل والموزون والعددي المتقارب (**أو عينٍ**)) أي: قيميّ كالثياب والدواب وغيرهما، فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح؛ فإنه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها[(٢)].

وفي «الدرر»: هي: «تمليك نفع بعوض»، وإنما عدل عن قولهم: «نفع معلوم بعوض كذلك»؛ لأنه إن كان تعريفا للإجارة الصحيحة: لم يكن مانعا؛ لتناوُله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الأصلي، وإن كان تعريفا للأعم: لم يكن تقييدُ النفع والعوض بالمعلومية صحيحا، وما اختير ههنا تعريف للأعم[(٣)]، انتهى.

لكن المصنف قيّد البدلين بـ«المعلومية»، فقد أخرج الإجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف، ونبّه أن المعتبر في الشرع هي الإجارة الغير المفضية إلى النزاع، وجعل ذكر «المعلوم» توطئة لقوله الآتي: «والمنفعة تعلم تارة...» إلى آخره، تدبَّرْ.

والقياس يأبى جواز عقد الإجارة؛ لأن المعقود عليه معدوم، وإضافةُ التمليك إلى ما سيوجد لا يصح[١٤٤/أ]، لكنه جُوّز لحاجة الناس إليه.

وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضربٍ من المعقول:

* أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧]، وشريعةُ من قبلنا لازمة ما لم يظهر نسخها.

* وأما السنة: فقوله ﷺ: «**من استأجَر أجيرا: فليُعلِمْه أجره**»[(٤)]، وقوله ﷺ: «**أَعطُوا الأجير أَجرَه قَبْل أن يَجِفَّ عرَقُه**»[(٥)].

---

(١) في الأصل، ر: «يفضي»، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٠).

(٢) في الأصل، ر: «تمكينها»، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣١).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٢٥).

(٤) أخرجه أبو نعيم في «مسند الإمام أبي حنيفة» (ص: ٨٩) بلفظه، والنسائي في «سننه» (٣٨٥٧)، وعبد الرزاق في «المصنف» (٨/٢٣٥/١٥٠٢٤) بمثله، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (١٨/١١٦/١١٥٦٥) بلفظ النهي.

(٥) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢٤٤٣)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٨/١٣/٣٠١٤)، والطبراني في «المعجم الصغير» (١/٤٣/٣٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/١٩٩/١١٦٥٤).

....

* وأما المعقول: فلأن بالناس حاجة إليه، ولا مفسدة فيه، وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة.

وفي «البحر»: والمراد من «انعقاد العلة ساعة فساعة» في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو: عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لارتباط الإيجاب والقبول كل ساعة، وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك: والحكم تأخَّر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة؛ لأن الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار، وتمامه فيه[1]، فليطالع.

وبهذا يندفع اعتراض المولى سعدي على «الهداية»[2] بأنه: لا بد أن يتأمل في هذا المقام؛ فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة: يتحقق الانعقاد، فأيُّ[3] معنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك؟! تدبَّرْ.

ومن محاسن الإجارة: دفعُ الحاجة بقليل من البدل؛ فإن كل أحدٍ لا يقدر على دارٍ يسكنها، وحمامٍ يغتسل فيها، وإبلٍ يحمل أثقاله إلى بلد لم يكن يبلغه إلا بمشقة النفس.

وسببها: تعلُّق البقاء المقدَّر.

وشرطها: معلومية البدلين.

وركنها: الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من الألفاظ الموضوعة لعقد الإجارة مثل أن يقول: «أَعَرتُك هذه الدار شهرا بكذا»، أو «وهبتك منافعها».

وتنعقد[4] بالتعاطي كالبيع، وشرطها ما تقدَّم من كون الأجرة والمنفعة معلومتين.

وحكمها: وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة كما مرَّ.

وفي «المنح»: ولا تنعقد الإجارة الطويلة بالتعاطي؛ لأن الأجرة غير معلومة؛ قد يجعلون لكل سنة دانقا، وقد يجعلون فلوسا، وفي غير الطويلة الإجارة تنعقد بالتعاطي، كذا في «الخلاصة».

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٩٧).

(٢) «حاشية العناية» لسعدي أفندي (٧/١٥٤).

(٣) في الأصل، ر: «فإنما»، وفي المطبوع (٢/٥٣١): «فما»، والمثبت من م، ح، ن، غ.

(٤) في الأصل، ر: «ينعقد»، والمثبت من م، ح، ن، غ، والمبطوع (٢/٥٣١).

وما صَلَحَ ثمنًا: صَلَحَ أجرةً. وتَفسُد بالشروط. ويَثبُت فيها خيارُ الشرطِ والرؤيةِ والعيبِ، وتُقال، وتُفسَخ.

قلت: مفاد كلامه: أن الأجرة إذا كانت معلومة في الإجارة الطويلة: تنعقد بالتعاطي[1]، انتهى.

(**وما صَلَحَ ثمنًا**) في البيع (**صَلَحَ أجرةً**) في الإجارة؛ لأن الأجرة ثمن المنفعة، فيعتبر بثمن المبيع.

ومراده من «الثمن»: ما كان بدلا عن شيء، فدخل فيه الأعيان؛ فإن العين يصلح بدلا في المقايضة، فتصلح أجرة.

وفيه إشارة:

* إلى أنها: لو كانت الأجرة دراهم: انصرفت إلى غالب نقد البلد، فإن كانت الغلبة مختلفة: فالإجارة فاسدة ما لم يُبيِّن نقدا منها، فإن بيَّن: جاز.

* وإلى أنها لو كانت كَيْليًّا أو وزنيًّا أو عدديًّا متقاربا: فالشرط فيه بيان القدر والصفة.

وقوله: «وما صلح ثمنا صلح أجرة» لا ينافي العكس حتى صحَّ أجرة ما لا يصلح ثمنا كالمنفعة؛ فإنها لا تصلح ثمنا، وتصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض، وإن اتَّحد جنسهما: لا.

(**وتَفسُد**) الإجارة (**بالشروط**) كالبيع.

(**ويَثبُت فيها**) أي: في الإجارة (**خيارُ الشرطِ**) كما يثبت في البيع، (و) خيار (**الرؤيةِ**).

خلافا للشافعي فيهما[2].

(و) خيارُ (**العيبِ**)؛ سواء كان حاصلا قبل العقد وبعده.

(**وتُقال**) الإجارة، (**وتُفسَخ**) كما في البيع كما سيأتي.

ولمَّا ذكر في التعريف معلومية المنفعة: احتاج إلى ما به تكون معلومة، فقال:

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢١٤/أ).

(٢) «الإقناع» للماوردي (١/١٠٠).

والمنفعةُ:

* تُعلَم تارةً ببيان المدَّة كالسكنى والزراعةِ، فتصحُ مدَّةً معلومةً أيَّ مدَّةٍ كانت. وفي الوقف يتَّبَع شرطُ الواقِف، فإن لم ....

(والمنفعةُ[١] تُعلَم[٢] تارةً ببيان المدَّة كالسكنى) أي: كإجارة الدار للسكنى، (والزراعةِ) أي: كأجرة الأرض للزراعة، (فتصحُ) إجارتهما (مدَّةً معلومةً أيَّ مدَّةٍ كانت)؛ لأن المدة إذا كانت معلومة: [كان قدر المنفعة فيها معلوما إذا][٣] كانت المنفعة لا تتفاوت، فأفاد أنها تجوز ولو كانت المدة لا يَعيش أحدُ العاقدين إلى مثلها عادة، واختاره الخصاف؛ لأن العبرة للفظ، وأنه يقتضي التوقيت؛ كما لو تزوَّج امرأة إلى مائة سنة: فإنه توقيت[١٤٤/ب]، فيكون متعة، ومنَعه بعضهم؛ لأن الغالب كالمتيقَّن في حق الأحكام، فصارت الإجارة مؤبَّدة معنى، والتأبيد يُبطِلها، فأفاد أنها تجوز مضافة؛ كما لو قال: «آجرتك هذه الدار غدا»، وللمؤجر بيعها اليوم، وتنتقض الإجارة كما في «الخلاصة».

وفي «الخانية»: ولو كانت الإجارة إلى الغد، ثم باع من غيره: فيه روايتان؛

* في رواية: ليس للآجر أن يبيع قبل مجيء الوقت.

* وفي رواية: جاز.

والفتوى: على أنه يجوز البيع، وتبطل الإجارة المضافة، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني، وتمامه في «المنح»[٤]، فليطالع.

وعند **الشافعي** في أحد قوليه: لا يجوز أكثر من سنة[٥].

(وفي الوقف يتَّبَع شرطُ الواقِف)؛ لأنه كنص الشارع في وجوب الاتباع، (فإن[٦] لم

(١) في الأصل، ن: «المنفعة» بدون الواو، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٣١/٢).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «تعرف».

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣١/٢).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢١٤/٢/أ)، و«الخانية» لقاضي خان (١٩١/٢).

(٥) في هذه السألة ثلاثة أقوال للشافعي، انظر: «المهذب» للشيرازي (٢٣٨/٢).

(٦) في الأصل، ن: «وإن»، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٣١/٢).

يَشترِط: فالفتوى أن لا يُزاد في الأراضي على ثلاثِ سِنِين، وفي غيرها: على سنةٍ.

يَشترِط[1]) الواقف في إجارته مدة، بل سكت عنها: (**فالفتوى أن لا يُزاد في**) إجارة[2] (**الأراضي على ثلاثِ سِنِين، وفي**) إجارة (**غيرها**) أي: غير الأراضي أن لا يزاد (**على سنةٍ**) واحدة؛ كي لا يدعي المستأجر ملكها[3]، وهو المختار كما في «الهداية»[4].

وقد أفتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث في الضياع وعلى سنة في غيرها إلا إذا كانت المصلحة في غيره[5]، وفي «المحيط»: وهو المختار للفتوى[6].

فلو آجرها المتولي أكثر مما ذكر: لم تصح، وقيل: تصح وتفسخ.

هذه المسألة وما قبلها ذكرت[7] في الوقف، فما الفائدة في تكرارها؟ والحيلة في الزيادة أن يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة، ويكتب في الكتاب: «أن فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا»، فيكون العقد الأول لازما والباقي غير لازم؛ لأنه مضاف، فلِمتولي الوقف أن يفسخ الإجارة في العقود الغير اللازمة إذا خاف بطلان الوقف؛ لعلة مذكورة، بخلاف ما إذا كانت الإجارة طويلة بعقد واحد كما في «الخانية» وغيرها[8].

فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من: «أن علة عدم الجواز إذا كانت هذا المعنى -أي: دعوى الملك بمرور الزمان-: لا تصح الإجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوَّزها البعض، [تجاوز الله عنهم][9][10]، انتهى.

وذكر صدر الإسلام: أن الحيلة في الزيادة أن يرفع إلى الحاكم حتى يجيزه.

واعلم أن إجارة الوقف لا تجوز إلا بأجرة المثل أو أكثر، ولو آجر الناظر بدون أجر

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لم يشرط».

(٢) في الأصل، م من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣١).

(٣) في الأصل، ر: «ملكهما»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣١).

(٤) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٣٠).

(٥) «الواقعات» لصدر الشهيد (ص:١٥١).

(٦) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٦/١٤١).

(٧) في الأصل، ر، ن: «تذكر»، والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٣٢).

(٨) «الخانية» للقاضي خان (٢/١٩٢)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢١٤/أ).

(٩) ليست في الأصل، ر، والزيادة من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٢).

(١٠) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٤/٢٧٦).

* وتارةً تُعلَم بذكرِ العملِ كصبغِ الثوبِ وخياطتِه وحملِ قدرٍ معلومٍ على دابةٍ مسافةً معلومةً.

* وتارةً بالإشارة كنقلِ هذا إلى موضعِ كذا.

والأجرةُ لا تُستحَقُّ بالعقد، ....

المثل: لا تصح الإجارة، ويلزم المستأجر تمام أجر المثل.

وفي «البحر»: متولي أرض الوقف آجرها بغير أجر المثل: يلزم مستأجرها تمام أجر المثل عند بعض علمائنا، وعليه الفتوى.

قيل: إن استأجر دار الوقف بمدة طويلة؛ إن كان السعر بحالها حيث لم يزد ولم ينقص: يجوز، وإن غَلاَ أجر مثلها: يفسخ العقد، ويجدد ثانيا.

وكذا إذا استأجرها إلى سنة، فغلا السعر بعد مضي نصف السنة: يفسخ العقد، ويجب المسمى، ويجدد ثانيا فيما بقي، بخلاف الكَرْم المستأجر ليأكل ثمرته في رأس السنة[(١)].

(و) المنفعةُ (تارةً تُعلَم بذكرِ العملِ كصبغِ الثوبِ وخياطتِه) أي: خياطة الثوب.

وفيه إشارة إلى أنه: لا بد أن يُعيّن الثوب الذي يَصبغ، ولونَ الصبغ بأنه أحمر أو نحوه وقدرَ الصبغ إذا كان مما يَختلف، وجنسَ الخياطة والمخيط.

(وحملِ قدرٍ معلومٍ على دابةٍ مسافةً معلومةً)؛ لِما في «البحر» من: أن استئجار الداب للركوب لا بد فيه من بيان الوقت أو الموضع، حتى: لو خلا عنهما[(٢)]: فهي فاسدة، وبه يُعلم فساد إجارة دواب العَلاَّفين الواقعة في زماننا؛ لعدم بيان الوقت والموضع[(٣)].

(و) المنفعةُ (تارةً) تُعلَم (بالإشارة كنقلِ هذا) الطعام -مثلا- (إلى موضعِ كذا)؛ لأنه إذا عرَف ما يَنقله مع موضعٍ ينتهي إليه: صار معلوما.

(والأجرةُ) في الإجارة (لا تُستحَقُّ بالعقد) أي: بنفس العقد، فلا يجب تسليمها عينا كان أو دينا عندنا؛ لأن حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهي معدومة عند العقد، ولذا يقام العين مقام المنفعة في حق إضافة العقد إلى المنفعة كما يقام السفر مقام[١٤٥/أ] المشقة،

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٢٩٩).

(٢) في الأصل، ر: «فيهما»، وفي غ: «منهما»، والمثبت من م، ح، ن، والمطبوع (٢/٥٣٢).

(٣) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٣٠٠).

بل بالتعجيلِ، أو بشرطِه أو باستيفاءِ المعقودِ عليه أو التمكُّنِ منه. فتجبُ لو قَبَضَ الدار ولم يَسكُنها حتى مضَتِ المدَّة.

وتَسقُط بالغصب بقدرِ فوتِ التمكُّن.

فيجب الأجرة مؤجَّلا موقَّتا على تحقق أحد الأمور الآتي ذكرُها، وعن هذا قال:

(**بل**) تستحق (**بالتعجيلِ**) هو (**أو بشرطِه**) أي: بشرط التعجيل؛ لأن امتناع الملك بنفس العقد لتحقُّق المساواة، فإذا عجَّل أو شرَط التعجيل: فقد أبطل المساواة التي هي حقه، بخلاف الإجارة المضافة بشرط تعجيل الأجرة؛ فإن الشرط باطل؛ لامتناع ثبوت الملك من التبدل؛ للتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل، والمضافُ إلى وقت لا يكون موجودا قبله ولا يتغيَّر هذا المعنى، (**أو باستيفاءِ المعقودِ عليه**)؛ لتحقُّق المساواة بينهما؛ إذ العقد عقد معاوضةٍ، (**أو التمكُّنِ منه**) أي: من استيفاء النفع؛ إقامةً للتمكُّن من الشيء مقام ذلك الشيء.

هذا إذا كانت الإجارة صحيحة، فأما إذا كانت فاسدة: لا يجب شيء بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة إلا بحقيقة الانتفاع. ثم فرَّع على هذا بقوله:

(**فتجبُ**) الأجرة (**لو قَبَضَ**) المستأجر (**الدار ولم يَسكُنها**) أي: الدار (**حتى مضَتِ المدَّة**)؛ لأن تسليم نفس المنفعة لمَّا لم يكن: أقيم تسليم محلها مقامها؛ إذ التمكن من الانتفاع يثبت به.

وفي «النوازل»: إذا استأجر دابة إلى مكة، فلم يركبها؛ إن كان بغير علة في الدابة: فعليه الأجر، وإن كان لعلة فيها: فلا أجر.

(**وتَسقُط**) الأجرة (**بالغصب**) إلا إذا أمكَنَ إخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية كما في «التنوير»[1] (**بقدرِ فوتِ التمكُّن**)، يعني: إذا غصب الدار المستأجرة غاصبٌ من يد المستأجر في جميع المدة: سقطت الأجرة، وإن غصب في بعضها: سقطت بقدر ذلك.

وأشار بقوله: «سقط الأجر» إلى أن العقد ينفسخ بالغصب كما في «الهداية»[2]، خلافا لقاضي خان؛ فإنه قال: لا ينفسخ[3].

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٥).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٣١).

(٣) «الخانية» لقاضي خان (٢/٢٣٤).

ولربِّ الدارِ والأرضِ طلبُ الأجرةِ لكلِّ يومٍ. ولربِّ الدابّة لكلِّ مرحلةٍ..............

وإطلاقه[1] شامل للعقار وغيره، ومراده من «الغصب» ههنا: الحيلولة بين المستأجر والعين، لا حقيقته؛ إذ الغصب لا يجري[2] في العقار عندنا.

قال صاحب «المنح»: ولو أنكر المؤجر الغصب، وادعاه المستأجر، ولا بينة له على دعواه بحكم الحال؛ فإن كان المستأجر هو الساكن في الدار حال المنازعة: فالقول للمؤجر، وإن كان فيها غير المستأجر: فالقول للمستأجر، ولا أجر عليه كمسألة الطاحونة[3].

وفي «تنويره»: ولو سلم؛ أي: لو سلم الآجِرُ المستأجرَ العينَ المؤجَّرةَ بعد مضي بعض المدة: فليس لأحدهما الامتناع من ذلك إذا لم يكن في مدة الإجارة وقتٌ يَرغب في العين المؤجَّرة لأجل ذلك الوقت، فإن كان فيها وقتٌ كذلك؛ أي: يرغب فيها في وقت معين دون وقت كما في بيوت مكة ومنًى: خُيِّر في قبض الباقي[4].

وفي «السراجية» وغيرها: إذا سكن دارا مُعدَّة للغَلَّة أو زرَع أرضا مُعدَّة للاستغلال من غير إجارة: تجب[5] الأجرة، وعليه الفتوى[6].

وفي «القنية»: تسليمُ المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليمٌ للدار حتى تجب الأجرة بمضي المدة وإن لم يسكن، وتسليمُ المفتاح في السواد ليس بتسليم الدار وإن حضَر المصرَ والمفتاحُ في يده.

(ولربِّ الدارِ والأرضِ طلبُ الأجرةِ[7] لكلِّ يومٍ، ولربِّ الدابّة لكلِّ مرحلةٍ)؛ لأن العقد في حق المنفعة ينعقد شيئا فشيئا، وكان ينبغي أن يجب تسليمه ولو خطوة أو سكنَ [ساعة][8]، إلا أنَّا جوَّزنا استحسانا، وقدَّرنا بيوم ومرحلة؛ لأن ذا يُفضي إلى الحرج إلا إذا بيَّن زمان الطلب عند العقد: فيُوقَف المؤجَّر إلى ذلك الوقت؛ لكونه بمنزلة التأجيل.

---

(١) في الأصل، ر: «في إطلاقه»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٢)

(٢) في الأصل، ر: «لا يكون»، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٢).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢١٦/أ).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٥).

(٥) في الأصل، ر: «يجب»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٢).

(٦) «الفتاوى السراجية» لعثمان الأوشي (ص: ٤٦٦).

(٧) في الأصل: «الأجر»، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٣٢).

(٨) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٢).

وللقصّارِ والخيّاطِ بعد الفراغ من عملِه وإن عَمِلَ في بيت المُستأجِر. وللخبّازِ بعدَ إخراجِ الخبز، فإن احترَق قبْلَ الإخراجِ: سَقَطَ الأجر، ....

وقال زفر: ليس لهم ذلك إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر كما قال **الإمام** أولا.

(**وللقصّارِ والخيّاطِ بعد الفراغ من عملِه**)؛ إذ قبله لا ينتفع بالبعض، فلا استحقاق للأجر (**وإن**) -وصلية- (**عَمِلَ في بيت المُستأجِر**) على ما في «الهداية» و«التجريد»[(١)].

وفي «المبسوط»، و«الذخيرة»، وقاضي خان، والتمرتاشي، و«الفوائد الظهيرية»: إذا خاط البعض في بيت المستأجر: يجب الأجر له بحسابه؛ كما: إذا سرق الثوب في بيت المستأجر: يستحق الأجر بحسابه، واستَشهَد[١٤٥/ب] في «الأصل» بما: لو استأجر إنسانا ليبني له حائطا، فبَنَى بعضه، ثم انهدم: فله أجر ما بنى[(٢)].

وفي «التنوير»: ثوبٌ خاطه الخيَّاط بأجرٍ، ففتَقه رجلٌ قبل أن يَقبِضه رب الثوب: فلا أجر له، ولا يجبر على الإعادة، وإن كان الخياط هو الفاتق للثوب: فعليه الإعادة كأنه لم يعمل[(٣)].

(**وللخبّازِ**) طلب الأجر (**بعدَ إخراجِ الخبز**) من التَّنُّور؛ لأن تمام العمل بالإخراج.

وفي إطلاقه إشارة إلى: أنه يستحق الأجر بإخراج البعض بقدره؛ لأن العمل في ذلك القدر صار مسلَّما إلى صاحب الدقيق.

(**فإن احترَق**) الخبز (**قبْلَ الإخراجِ**) من التنُّور: (**سَقَطَ الأجر**)؛ سواء كان في بيت المستأجر أو في بيت الأجير؛ لأنه هلَك قبل التسليم، فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا؛ لأن هذا جناية يده بتقصيره في القَلْع من التنور، فإن ضمَّنه قيمته مخبوزا: أعطاه الأجر، وإن ضمَّنه دقيقا: لم يكن له أجر كما في «الغاية» وغيرها[(٤)].

وبهذا ظهر لك أن قول «الوقاية»: «فإن احترق بعدما خرج[(٥)]: فله الأجر، وقبله: لا،

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٣١).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٥/١٧٠)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (ص/٢١٦/ب)، و«الخانية» لقاضي خان (٢/٢١٧)، و«الأصل» للإمام محمد (٣/٥٨٢).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٦).

(٤) «غاية البيان» لأمير كاتب الإتقاني (٤/٧٢/أ)، و«البناية» للعيني (١٠/٢٣٩).

(٥) هكذا في النسخ كلها، وفي المطبوع (٢/٥٣٣): «أخرجه».

وإن بعْدَه: فلا إن في بيت المُستأجِر، ولا ضمانَ، وقالا: إن شاء المُستأجِر: ضَمَّنَه مثلَ دقيقِه ولا أجرَ، وإن شاء: ضَمَّنَه الخبزَ وله الأجرُ. ....

ولا غرم فيهما»، وقولَ صدر الشريعة: «أي: في الاحتراق قبل الإخراج وبعد الإخراج»[1] غيرُ موافق للمنقول عن الأئمة الفحول كما في «الدرر»[2].

لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب «الوقاية» وصاحب «الغاية»: بأن المراد بـ«الاحتراق» في «الوقاية»: ما لا يكون بصنعه، وفي «الغاية»: ما يكون بصنعه كما يدل عليه قوله: «بالإجماع».

وأما ما قيل من: أنه لا ضمان في الفصلين على الخباز؛ لأن الجناية غير واقعة منه فيهما، هذا على ظاهر الرواية عن الإمام كما قيل في «الهداية»[3]؛ لأنه لم توجد منه الجناية، فصاحب «الوقاية» اختار ما اختاره صاحب «الهداية»: فليس بسديد؛ لأن قول صاحب «الهداية»: «لا ضمان عليه» متعلق بقوله: «فإن أخرجه، ثم احترق من غير فعله» فقط، لا فيما إذا احترق قبله، تتبَّعْ.

وعن هذا قال:

(**وإن**) احتَرَق من غير فعله (**بعْدَه**) أي: بعد الإخراج: (**فلا**) يسقط (**إن**) كان يَخبِز (**في بيت المُستأجِر**)؛ لأنه بمجرد الإخراج صار مسلَّما إليه في منزل المستأجر، فاستَحقَّ الأجر بوضعه فيه.

وفيه إشارة بأن كان يخبز في منزل نفسه: لا يستحق الأجر بالإخراج، بل بالتسليم الحقيقي.

(**ولا ضمانَ**) عند[4] الإمام.

(**وقالا: إن شاء المُستأجِر: ضَمَّنَه مثلَ دقيقِه ولا أجرَ، وإن شاء: ضَمَّنَه الخبزَ وله الأجرُ**)، ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح.

---

(١) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٢٧٨/٤).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢٢٧/٢).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٢٣٢/٣)، و«الأصل» للإمام محمد (٥٨٣/٣).

(٤) هكذا في النسخ كلها، وفي المطبوع (٥٣٣/٢): «فيهما عند».

وللطبّاخِ للوليمةِ بعد الغَرْف. ولضارِبِ اللَّبِن بعد إقامتِه، وقالا: بعد تشريجِه.

وفي «النهاية»: هذا الذي ذُكِر من الاختلاف اختيار القدوري، وأما عند غيره: **فهو** مجرى على عمومه؛ فإنه لا ضمان **بالاتفاق**؛ أما عند **الإمام**: فلأنه لم يهلك من عمله، وأما **عندهما**: فلأنه هلك بعد التسليم.

وقال القدوري: يضمن **عندهما** مثل دقيقه؛ لأنه مضمون عليه، فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم[١].

(وللطبّاخِ للوليمةِ) طلب الأجر (بعد الغَرْف) أي: بعد وضع الطعام في القِصاع؛ اعتبارا للغرف.

وإنما قيّد: «للوليمة»؛ لأنه لو كان لأهل بيته: فلا غرف عليه كما في «الجوهرة»[٢].

* فإن أفسده الطباخ، أو أحرقه، أو لم يُنضِجه: فهو ضامن للطعام.

* وإذا دخل الخباز أو الطباخ بنارٍ؛ ليخبز بها أو يطبخ بها، فوقعت منه شرارة، فاحترق بها البيت: فلا ضمان عليه.

(ولضارِبِ اللَّبِن) -على وزن «الكَلِم»- أي: للذي يتَّخِذ اللبن من الطين طلبُ الأجرة (بعد إقامتِه) أي: إقامة اللبن عن محله عند **الإمام**، حتى: لو فسد بالمطر قبلها: فلا أجر له.

(وقالا: بعد تشريجِه)، وهو: جعلُ بعضه على بعض، حتى: لو فسد بعد الإقامة قبل النقل: فلا أجر له؛ إذ لا يؤمن الفساد قبله.

وله: أن الفراغ هو الإقامة[١٤٦/أ]، والتشريجُ عملٌ زائدٌ كالنقل إلى موضع العمارة، بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنه طينٌ منتشرٌ.

هذا إذا لبَّن في أرض المستأجر، وإن لبن في أرض نفسه: لا يستحق حتى يسلمه، وذلك بالعد بعد الإقامة عنده، وعندهما: بالعد بعد التشريج.

قيل: الفتوى على **قولهما**.

والعرف في ديارنا على ما قاله **الإمام**.

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٧٢/ب).

(٢) «الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (١/٢٦٨).

ومن لعَملِه أثرٌ في العين كصبّاغ وقصّار يَقصُر بالنّشاء والبَيْض: فله حبسُها للأجر. وإن حَبَسَها، فضاعَتْ: فلا ضمانَ ولا أجرَ له، وقالا: إن شاء المالك: ضَمَّنَه مصنوعا وله الأجرُ، أو غيرَ مصنوعٍ ولا أجرَ.

(ومن) كان (لعَملِه أثرٌ[1] في العين كصبّاغ) يُظهِر لونا في الثوب، (وقصّار يَقصُر بالنّشاء والبَيْض)، هذا في ديار الشام ليظهر البياض المستور، وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافي كما في ديارنا كما في «شرح الوقاية» لابن الشيخ: (فله) أي: المستأجر[2] (حبسُها) أي: العين (للأجر) أي: لأجل الأجرة حتى يستوفيها.

وقال زفر: ليس له ذلك؛ لأن المعقود عليه صار مسلّما إلى صاحب العين باتصاله بملكه، فيسقط حق الحبس به.

ولنا: أن اتصال العمل بالمحل ضرورةُ إقامةِ العمل، فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث إنه تسليم، بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوِه من الأثر في المحل؛ إذ لا وجود للعمل إلا به، وكان مضطرًا إليه، والرضى لا يثبت مع الاضطرار.

هذا إذا كان حالاً، أما إذا كان مؤجلا: فلا يملك حبسها.

وفي «الخلاصة»: هذا إذا عمل في دكانه، أما إذا عمل في بيت المستأجر: فليس له حق الحبس.

(وإن[3] حَبَسَها) للأجر، (فضاعَتِ) العين بلا تعدٍّ منه: (فلا ضمانَ) عليه؛ لكونه أمانة في يده كما كان قبل الحبس، (ولا أجرَ له)[4] إذا هلك المعقود عليه قبل التسليم، هذا عند الإمام.

(وقالا: إن شاء المالك: ضَمَّنَه مصنوعا، وله الأجرُ)؛ لأن العمل صار مسلّما إليه تقديرا؛ لوصول قيمته إليه، فصار كما لو صار مسلما حقيقة، (أو غيرَ مصنوعٍ ولا أجرَ)؛ لأن العمل لم يصر مسلما إليه.

---

(١) اختلفوا في المراد من «الأثر»؛ فقيل: كل صانع لعمله أثر في العين هو غير مملوكه للعامل الذي يتصل بمحل العين كالصبغ والنشاء، وقيل: أن يرى ويعاين في محل العمل. (داماد، منه).

(٢) هكذا في الأصل، ر، م، وفي ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٣): «للمستأجر».

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فإن».

(٤) ليست في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من النسخ الباقية، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٣٣).

ومن لا أثرَ لعَملِه فيها كالحمَّالِ والملاَّحِ وغاسِلِ الثوبِ: ليس له حبسُها، بخلاف رادِّ الآبِقِ.

وإذا أطلق العمل للصانع: فله أن يَستعمِل غيرَه، وإن قيد بعَملِه بنفسه: فلا.

ومن استَأْجَره رجلٌ ليَجِيء بعيالِه، فوَجَدَ بعضَهم قد مات، فأَتَى بمَن بَقِيَ: فله أجرُه بحسابه.

(**ومن لا أثرَ لعَملِه فيها**) أي: [في][1] العين (**كالحمَّالِ**[2] **والملاَّحِ وغاسِلِ الثوبِ: ليس له**) أي: للعامل (**حبسُها**) أي: العين؛ لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عرَضٌ، ولا له أثرٌ يقوم مقامها، فلا يتصوَّر حبسه، فلو حبَسها: ضمن ضمان الغصب، وصاحبها بالخيار؛ إن شاء: ضمن المستأجر قيمتها[3] محمولة وله الأجر، وإن شاء: غير محمولة ولا أجر.

(**بخلاف رادِّ الآبِقِ**)؛ فإنه يحبسه على الجعل، وإن لم يكن لعمله[4] أثر؛ لأنه كان على شرف الزوال والهلاك، فأحياه بالرد، فكأنه باعه فكان له حق الحبس.

(**وإذا أطلق**) المستأجر (**العمل للصانع**)، ولم يُقيِّد بعمله: (**فله أن يَستعمِل غيرَه**)؛ كما: إذا أمَر أن يَخيط هذا الثوب بدرهم: فاللازم عليه العمل؛ سواء أوْفَاه بنفسه أو باستعانة غيره كالمأمور بقضاء الدين.

وقوله: «على أن يعمل» إطلاقٌ لا تقييدٌ، فله أن يستأجر غيره.

(**وإن قيد بعَملِه بنفسه**) بأن قال: «خُطَّه بيدك»: (**فلا**) أي: فليس له أن يستعمل غيره ولو غلامَه أو أجيرَه؛ لأن عمله يكون هو المعقود عليه، وإلا: فيضمن.

(**ومن استَأْجَره رجلٌ ليَجِيء بعيالِه**) من موضع، (**فوَجَدَ بعضَهم**) أي: بعض العيال (**قد مات، فأَتَى بمَن بَقِيَ**) من العيال: (**فله**) أي: للأجير (**أجرُه بحسابه**)؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، فيستحق الأجر بحسابه.

قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: هذا إذا كان عياله معلومين حتى يكون الأجر مقابلا

---

(١) ليست في الأصل، ر، ن، والزيادة من م، ح، غ، والمطبوع (٥٣٤/٢).

(٢) و«الحمَّال» -بالحاء- من: «الحمل»، وبالجيم هو: مكاري الجمل. (**داماد، منه**).

(٣) قوله: «قيمتها»؛ أي: قيمة العين إن كانت قيمية، أو مثلها إن كانت مثلية. (**داماد، منه**).

(٤) في الأصل، ر: «بعمله»، والمثبت من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٥٣٤/٢).

وإن استُؤجِر لإيصالِ طعامٍ إلى زيدٍ، فوَجَدَه ميتًا، فرَدَّه: فلا أجرَ له. وكذا لو استُؤجِر لإيصالِ كتابٍ إليه، فرَدَّه لموته، وقال محمد: له أجرُ ذهابِه هنا، ولو تَرَكَه هناك: فله أجرُ الذهابِ إجماعًا.

بجملتهم، وإن كانوا غير معلومين: يجب الأجر كله كما في «التبيين»[(١)].

فعلى هذا لو قيَّد المصنف بقوله: «لو كانوا معلومين، وإلا: فكله»: لكان أولى.

وفي «الخلاصة»: فإن لم يكونوا معلومين: فالإجارة فاسدة.

(**وإن استُؤجِر لإيصالِ طعامٍ إلى زيدٍ، فوَجَدَه ميتًا**) أو لم يجده[(٢)]، (**فرَدَّه**) أي: الطعام: (**فلا أجرَ له**)؛ لأنه نقض المعقود عليه، وهو حمل الطعام وإيصاله إليه.

وقال زفر: له الأجر؛ لأنه بمقابلة الحمل إلى البصرة وقد وفى به وجنى في رده، فلا يسقط بجنايته[(٣)] حقه من أجرته.

(**وكذا لو استُؤجِر**[١٤٦/ب] **لإيصالِ كتابٍ إليه**) أي: إلى زيد، (**فرَدَّه**) أي: الكتاب (**لموته**) أي: زيدٍ أو غيبتِه: فلا شيء له عند الشيخين.

(**وقال محمد: له أجرُ ذهابِه هنا**) أي: له الأجر للذهاب في نقل الكتاب؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة؛ لأن الأجر مقابل به؛ لِما فيه من المشقة، دون حمل الكتاب؛ لخفة مؤنته.

ولهما: أن المعقود عليه نقل الكتاب؛ لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه، وهو العلم بما في الكتاب، لكن الحكم متعلق به وقد نقضه[(٤)]، فسقط الأجر.

هذا موافق لما في «الهداية» وشروحها[(٥)]، ومخالف لما في «المجمع» وشرحه حيث صرَّح بأن أبا يوسف مع محمد[(٦)] لا مع الإمام، لكن يمكن الحمل على اختلاف الروايتين.

(**ولو تَرَكَه**) أي: الكتاب (**هناك**) للورثة، وكذا إذا دفع إلى وصيِّه: (**فله أجرُ الذهابِ إجماعًا**)؛

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١١٢/٥).

(٢) في الأصل، ر: «لم يجد»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٤/٢).

(٣) في الأصل، ر، ن: «بجناية»، والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٥٣٤/٢).

(٤) في الأصل، ر، ح، غ: «نقصه»، والمثبت من م، ن، والمطبوع (٥٣٤/٢).

(٥) «الهداية» للمرغيناني (٢٣٣/٣)، و«العناية» للبابرتي (٧٩/٩)، و«البناية» للعيني (٢٤٥/١٠).

(٦) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٣٥٠).

باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز: وصحَّ:

*** استئجارُ الدارِ والحانوتِ وإن لم يَذكُر ما يَعمَل فيه، وله أن يَعمَل كلَّ شيءٍ** ....

لأنه أتى بأقصى ما في وسعه.

هذا إذا شرَط المجيء، وإلا: وجب كل الأجرة لو ترك الكتاب ثمة كما في «القهستاني»[1].

وفيه إشارة إلى: أنه لو وجده، ولم يوصله إليه: لم يجب له شيء من الأجر؛ لانتفاء المعقود عليه وهو الإيصال.

(باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز)

لمَّا فرَغ من ذكر الإجارة وشروطها ووقت استحقاق الأجر: ذكَر هنا ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز.

(**وصحَّ استئجارُ الدارِ والحانوتِ وإن**) -وصلية- (**لم يَذكُر ما يَعمَل فيه**) أي: في كل واحد منهما **استحسانا**؛ لأن العمل المتعارف في كل واحد منهما السكنى، فينصرف العقد المطلق إليه.

والقياس: أن لا يجوز؛ للجهالة كالأرض والثياب؛ فإنهما مختلفان باختلاف العامل والعمل، فلا بد من البيان.

(**وله**) أي: للمستأجر (**أن يَعمَل كلَّ شيءٍ**) من العمل؛ لأنها لا تختلف باختلاف المستعمِل، فله: الوضوء، والاغتسال، وغسل الثياب، وكسر الحطب المعتاد، والاستنجاء بحائطه، والدق المعتاد اليسير، وأن يدقَّ[2] فيه وتدا، ويربط الدواب في موضع معتاد له، ويُسكِنها من أحبَّ؛ سواء كان بإجارة أو غيرها، وليس للأجير أن يدخل دابته الدارَ المستأجَرَةَ بعدما سكن المستأجر.

وفيه إشارة إلى: أنه لو قال عند العقد: «استأجرتُ هذه الدار للسكنى»: ليس له أن يعمل فيها غير السكنى كما في «القهستاني»[3].

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٧٠).

(٢) في الأصل، ر: «اليسير أن يتدق»، وفي المطبوع (٢/٥٣٤): «وأن يدق»، والمثبت من م، ح، ن، غ: «وأن يتد».

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٧٠).

سِوَى ما يُوهِن البناء كالحِدادة والقِصارة والطَّحْن.

*** واستئجارُ الأرضِ للزرع إن بيَّن ما يَزرَع أو قال: «على أن يَزرَع ما شاء»، وللبناءِ والغَرسِ،** ....

(**سِوَى ما يُوهِن البناء كالحِدادة والقِصارة والطَّحْن**) من غير رضى المالك أو اشتراطه ذلك في عقد الإجارة؛ لأن هذه الأشياء توهن البناء.

والمراد: رَحى الثَّوْر والماء، لا رحى اليد؛ فإنه لا يمنع من النصب فيه.

ولو انهدم البناء بهذه الأشياء: وجب عليه الضمان؛ لأنه متعدٍّ فيها، ولا أجر عليه؛ لأن الضمان والأجر لا يجتمعان، وإن لم ينهدم: وجب عليه الأجر استحسانا، و**القياس**: أن لا يجب.

ولو اختلفَا في اشتراط ذلك: كان القول للمؤجِّر؛ لأنه لو أنكر الإجارة: كان القول له، فكذا إذا أنكر نوعا من الانتفاع، ولو أقامَا البينة: كانت بينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت الزيادة.

(**و**) صحَّ (**استئجارُ الأرضِ للزرع إن بيَّن**) المستأجر (**ما يَزرَع**)؛ لجريان العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير، فانعقد الإجماع عليها غيرَ أن ما يزرع فيها يتفاوت، فلا بد من بيانه، (**أو قال**: «**على أن يَزرَع**) فيها (**ما شاء**»)؛ كي لا يفضي إلى المنازعة، ولو لم يُبيِّن ما يزرع فيها أو لم يقل: «على أن يزرع فيها ما شاء»: فسدت الإجارة للجهالة، ولو زرعها بعد ذلك: لا تعود صحيحة في **القياس**؛ كما إذا اشترى بخمر أو خنزير.

وفي **الاستحسان**: يجب المسمى، وينقلب العقد صحيحا، وللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع.

وفي «القنية»: استأجر أرضا سنة على أن يزرع فيها ما شاء: فله أن يزرع زرعين رَبِيعيًّا وخَرِيفيًّا.

وفي «التنوير»: آجَرها وهي مشغولة بزرع غيره؛ إن كان الزرع بحق: لا تجوز ما لم يستحصد إلا أن يُؤجِّرها مضافة إلى المستقبل، وإن بغير حق: صحَّت[1].

(**و**) صحَّ استئجارُ الأرضِ (**للبناءِ والغَرسِ**) أي: غرس الأشجار؛ لأن كل [واحد][2]

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص:١٨٧).

(٢) ليست في الأصل، ر، والزيادة من م، ح، ن، غ، والمطبوع (٥٣٥/٢).

وإذا انقَضَتِ المدَّة: لَزِمَه أن يَقلَعهما، ويُسلِّمها فارغةً إلا أن يَغرَم المُؤجِر قيمةَ ذلك مقلوعًا برِضَى صاحبِه، وإن كانت الأرضُ تَنقُص بقلعِه: فبدون رِضاه أيضا أو يَرضيَا بتركِه، فيكون البناءُ والغرسُ لهذا........................

منهما نفعٌ مقصودٌ بالإجارة.

(**وإذا**[١] **انقَضَتِ المدَّة**) أي: مدة الإجارة؛ طويلة كانت أو غير طويلة: (**لَزِمَه**) أي: المستأجر (**أن يَقلَعهما**) أي: البناء والغرس، (**ويُسلِّمها**) أي: الأرض حال كونها (**فارغةً**) عنهما؛ لأنه ليس لهما نهاية[١٤٧/أ] معلومة حتى يتركا إليها، وفي تركها على الدوام ضررٌ لصاحب الأرض؛ سواء كان بأجر أو بغيره، فوجب القلع.

وفي «القنية»: استأجر أرضا وقفًا، وغرَس فيها وبنى، ثم مضت مدة الإجارة: فللمستأجر أن يَستبقيَها بأجر المثل إن لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع: ليس لهم ذلك، انتهى.

وفي «البحر»: وبهذا تعلم مسألة الأرض المحتكرة[٢].

(**إلا أن يَغرَم**) للمستأجر (**المُؤجِر**) وهو صاحب الأرض (**قيمةَ ذلك**) أي: البناء والغرس (**مقلوعًا**)؛ لأن في ذلك نظرا لهما (**برِضَى صاحبِه**) أي: صاحب البناء أو الغرس إن لم تنقص الأرض بالقلع.

(**وإن كانت الأرضُ تَنقُص بقلعِه**) أي: البناء أو الغرس: (**فبدون رِضاه أيضا**) أي: يغرم المؤجر قيمته مقلوعا، ويتملَّكه بدون رضى صاحبه أيضا؛ أي: كما يغرم برضاه إن كانت تنقص بقلعه، ومعرفة قيمة ذلك أن يُقوِّم الأرض بدون البناء والشجر، ويُقوِّم وفيها بناء وشجر، ولصاحب الأرض أن يقلعه، فيضمن فضل ما بينهما.

(**أو يَرضيَا**) -عطف على: «أن يغرم»- أي: إلا أن يرضى المؤجر والمستأجر، لكن رضى المؤجر يكفي، فلا حاجة إلى رضى المستأجر؛ لِما قالوا في تعليله: لأن الحق له، فإذا رضي باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر: كان له ذلك، تأمَّلْ، (**بتركِه**) أي: بترك كل واحد من البناء والغرس على الأرض، (**فيكون البناءُ والغرسُ لهذا**) أي: للمستأجر،

---

(١) في الأصل، ن: «إن»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٣٥/٢).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٣٠٦/٧).

والأرضُ لهذا. والرَّطبةُ كالشجر، والزرعُ يُترَك بأجر المثل إلى أن يُدرَك.

*** واستئجارُ الدابّة للركوبِ والحملِ، والثوبِ للُّبسِ. فإن أَطلَقَ: فله أن يُركِبَ ويُلبِس من شاء،** ....

(**والأرضُ لهذا**) أي: للمؤجر الذي هو صاحب الأرض.

(**والرَّطبةُ**) في الأرض المستأجَرة، وكذا الكُرَّاث ونحوهما (**كالشجر**) في القلع إذا انقضت المدة؛ إذ ليس لانتهائهما مدة معلومة.

(**والزرعُ يُترَك**) على الأرض (**بأجر المثل إلى أن يُدرَك**)؛ لأن له نهاية معلومة، فيوجد في التأخير مراعاة الحقَّيْن، بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه؛ فإنه يترك بالمسمى على حاله إلى الحصاد وإن انفسخت الإجارة؛ لأن إبقاءه على ما كان [عليه][1] أولى ما دامت المدة باقية.

ويلحق بالمستأجر المستعير، فيترك إلى إدراكه بأجرة المثل كما في «المنح»، وأما الغاصب: فيؤمر بالقلع مطلقا.

(و) صحَّ (**استئجارُ الدابّة**[2] **للركوبِ والحملِ**، و) استئجارُ (**الثوبِ للُّبسِ**)؛ لجريان العادة بذلك، (**فإن أَطلَقَ**[3]) المؤجر للمستأجر الركوب أو اللبس بمعنى أن يقول: «على أن يُركِبها من شاء»، و«يلبس الثوب من شاء»: (**فله**) أي: للمستأجر (**أن يُركِب**) من شاء، (**ويُلبِس من شاء**)[4]؛ لأنه يَختلف باختلاف الراكب واللابس، فلا يجوز إلا بالتعيين أو بأن يَشترط أن يفعل ما شاء.

---

(١) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٥).

(٢) في الأصل: «(وصح) استئجار (الدابة)»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى» والمطبوع (٢/٥٣٥).

(٣) وأراد بـ«الإطلاق»: التعميم بلفظٍ دالٍّ على العموم من غير تقييد، لا الإطلاق المصطلح عند الأصوليين، فلو قال: على أن تُركِب من شئتَ» أو «تُلبِس من شئت»: صحَّ العقد، ولو استأجرها للركوب مطلقا ولم يسمِّ من يركبه: لا يصح الإجارة.
والفرق: أن في الثانية صار الركوبان -مثلا- لشخصين كالجنسين، فيكون المعقود مجهولا، فلا يصح، وفي الأولى رِضى المالك بالقدر الذي يحصل في ضمن الركوب، فصار المعقود عليه معلوما. (داماد، منه).

(٤) في الأصل: «(أن يُركِب من شاء، ويُلبِس) من شاء»، وفي المطبوع: «(أن يُركِب من شاء ويُلبِس من شاء)»، والمثبت من بقية النسخ كلها.

فإذا رَكِبَ أو لَبِسَ هو، أو أَركَبَ أو أَلبَسَ غيرَه: تَعيَّن، فلا يَستعمِله غيره. وإن قَيَّدَ براكبٍ أو لابسٍ، فخالَفَ: ضَمِنَ. وكذا كلُّ ما يَختلِف باختلاف المُستعمِل، وما لا يَختلِف به: فتقييدُه هدرٌ.

فلو شَرَطَ سُكنى واحدٍ: جاز أن يُسكِن غيرَه.

وإن سَمَّى ما يَحمِل على الدابّة نوعًا وقدرًا ككُرِّ بُرٍّ:..........................

وفي «التبيين»: ولو لم يُبيِّن، ولم يقل: «أن يفعل فيها ما شاء»: فسدت الإجارة للحاجة[1].

(فإذا رَكِبَ) الدابة، (أو لَبِسَ) الثوب (هو) أي: المستأجر نفسه، (أو أَركَبَ) المستأجرُ الدابةَ، (أو أَلبَسَ) الثوب (غيرَه: تَعيَّن) مرادا من الأصل، (فلا يَستعمِله غيره)، فصار كالنص عليه ابتداء.

وفي «البحر»: وإذا تَكارَى قومٌ مُشاةٌ إبلا على أن المُكاري يحمل عليه مَن مَرِض منهم أو مَن عَيَّ منهم: فهو فاسد[2].

(وإن قَيَّدَ) المؤجِّر (براكبٍ) معيَّنٍ، (أو لابسٍ) معيَّنٍ، (فخالَفَ: ضَمِنَ) المستأجرُ إذا هلكت الدابة أو الثوب؛ لأن الناس يتفاوتون في العلم بالركوب واللبس، ولا أجر عليه وإن سلَّم؛ لأنه مع الضمان ممتنع.

(وكذا كلُّ ما يَختلِف باختلاف المُستعمِل) في كونه يَضمن إذا هلكت مع المخالفة والتقييد، (وما لا يَختلِف به) أي: باختلاف المستعمل: (فتقييدُه) أي: تقييد المؤجر بشخصٍ معيَّنٍ (هدرٌ).

(فلو شَرَطَ) المؤجِّر (سُكنى واحدٍ) بعينه في إجارة الدار: (جاز) للمستأجر (أن يُسكِن غيرَه)؛ لأن الشرط ليس بمفيد؛ لعدم التفاوت في السكنى، وما يضرُّ بالبناء كالحدادة والقصارة: فهو خارج بدلالة العادة.

والفُسْطاطُ كالدار عند **محمد**، وعند **أبي يوسف**: هو كاللبس؛ لاختلاف الناس في ضربه ونصب أوتاده واختيار مكانه.

(وإن سَمَّى ما يَحمِل على الدابّة نوعًا وقدرًا ككُرِّ بُرٍّ) يحمله على الدابة التي استأجرها:

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١١٤/٥).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٣٠٨/٧).

فله حَملُ مثلِه أو أخفَّ كالشعير والسِمسِم، لا ما هو أضرُّ كالملح. وإن سَمَّى قدرًا من القطن: فليس له أن يَحمِلَ مثلَ وزنِه حديدًا. وإن زادَ على ما سَمَّى، فعَطِبتْ: ضَمِنَ قدْرَ الزيادةِ إن كانت تُطِيق ما حَمْلَها، ....

(فله) أي: للمستأجر (حَملُ مثلِه أو) ما (أخفَّ) منه في الضرر (كالشعير والسِمسِم[١٤٧/ب]، لا) أي: ليس له أن يحمل عليها (ما هو أضرُّ) منه (كالملح)؛ لأن الأصل: أن من استحقَّ منفعة مقدَّرة بالعقد، فاستوفى أكثر منها: لم يجز، فله أن يحمل كرَّ حنطةٍ لغيره لو استأجرها بحمل كرِّ حنطةٍ؛ لأنه مثله، وله حمل كرِّ شعير؛ لأنه دونه.

والقياس: أن يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ما كان للمخالفة.

وجه الاستحسان: أن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا ولا فائدة هنا.

وفيه إشارة بأن سمَّى مقدارا من الحنطة وزنا، فحمَل مثل ذلك الوزن من الشعير أو القطن: يَضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من البر كما في «شرح الكنز»[١].

لكن ذكر في «الذخيرة»: [في][٢] هذا أيضا عدم الضمان.

وقال شيخ الإسلام: أنه لا يضمن استحسانا، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير أو القطن مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنا، وبه يفتي الصدر الشهيد كما في «النهاية»[٣].

(وإن سَمَّى قدرًا من القطن: فليس له أن يَحمِلَ مثلَ وزنِه حديدًا)؛ لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهرها، فيضرها أكثر.

(وإن زادَ على ما سَمَّى، فعَطِبتِ) الدابة: (ضَمِنَ قدْرَ الزيادةِ إن كانت[٤] تُطِيق ما حَمْلَها)؛ لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه، والسببُ الثقلُ، فانقسم عليهما، حتى: لو كان المأذون مائة مَنٍّ، وزاد عليه عشرين منًّا: يضمن سدس الدابة.

وأشار بـ«الزيادة»:

---

(١) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٧٤).

(٢) ليست في الأصل، ر، ن، والزيادة من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٣٥).

(٣) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٧٤/ب).

(٤) في الأصل، ر، والمطبوع (٢/٥٣٥): «كان»، والمثبت من م، ح، ن، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

وإلا: فكلُّ القيمةِ. وفي الإردافِ: يَضمَن النصفَ، ولا عبرةَ بالثِّقل.

* إلى أنها من جنس المسمى، فلو حمَل جنسا آخر غيرَ المسمى: وجب جميع القيمة[1].

* وإلى أنه حمل الزيادة مع المسمى معا، فلو حمل المسمى وحده، ثم حمل الزيادة وحدها، فهلكت: ضمن جميع القيمة كما في «البحر»[2].

(**وإلا**) أي: وإن لم تُطق ما حمَّلها: (**فكلُّ القيمةِ**)؛ لعدم الإذن فيه.

هذا إذا حمَّلها المستأجر، أما إذا حمَّلها صاحبها بيده: فلا ضمان على المستأجر، وإن حمَّلاَ معا: وجب النصف على المستأجر، ولو حمَّل كل واحد جُوالِقا[3] وحده: لا ضمان على المستأجر، ويَجعل حمل المستأجرِ ما كان مستحقًّا بالعقد.

ولم يتعرَّض المصنف للأجر إذا هلك.

وفي «الغاية»: إن عليه الكراء لا يقال: «كيف اجتمع الأجر والضمان؟»؛ لأنا نقول: الأجر في مقابلة الحمل المسمى، والضمانُ في مقابلة الزائد.

وفي «البحر»: ولم يتعرَّض للأجر إذا سَلِمت، ولم أره صريحا، والقواعد تقتضي أن يجب المسمى فقط، أما إذا حمَّله الحمَّال بنفسه وحده: فلا كلام، وأما إذا حمَّله المستأجر زائدا على المسمى: فمنافع الغصب لا تَضمن عندنا.

ومن هنا يعلم حكم المُكاري في طريق مكة وإن كان لا يُحمِّل المستأجر الزيادة على المسمى إلا برضى صاحب الدابة، ولهذا قالوا: ينبغي أن يَرى المُكاري جميع ما يُحمِّله[4]، انتهى.

(**وفي الإردافِ: يَضمَن النصفَ**) أي: إذا استأجر الدابة ليَركبها، فأردف معه رجلا، فعَطِبت: يضمن المستأجر نصف قيمتها، (**ولا عبرةَ[5] بالثِّقل**)؛ لأن ركوب العالم بالفُروسية لا يضرُّ وإن ثقُل، وركوبُ غير العالم أضرُّ وإن خفَّ.

---

(١) في الأصل، ر: «القسمة»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٦).

(٢) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٣١٠).

(٣) في الأصل، ر: «جولقا»، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٢/٥٣٦).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٣٠٩).

(٥) في الأصل، ن: «يعتبر»، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٣٦).

وإن كَبَحَها أو ضَرَبَها، فعَطِبتْ: ضَمِنَ، خلافا لهما فيما هو معتادٌ. وإن تَجاوَزَ بها مكانًا سمَّاه: ضَمِنَ، ولا يَبرأ بردِّها إلى ما سمَّاه وإن استأْجَرها ذهابًا وإيابًا في الأصحِّ.

هذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين، وإن لم تطق حملهما: يضمن كل القيمة.

وقالوا: هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وإن كان صغيرا لا يستمسك: يضمن بقدر ثقله.

وقيَّد بـ«الإرداف»؛ لأنه إذا حمله على عاتقه: فإنه يضمن جميع القيمة.

ثم للمالك الخيارُ؛ إن شاء: ضمَّن الرديف، وإن شاء: ضمَّن الراكب، فالراكب لا يرجع بما ضَمِن، والرديف يرجع إن كان مستأجرا، وإلا: فلا كما في «التبيين» وغيره[١].

(**وإن كَبَحَها**) أي: الدابةَ -من: «كبحت الدابة بلجامها»: إذا ردَّها، وهو: أن يَجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري- (**أو ضَرَبَها، فعَطِبتْ**) أي: هلكت: (**ضَمِنَ**) عند **الإمام**؛ لأنه فعل غير مأذون فيه.

(**خلافا لهما**) أي: لا يضمن **عندهما** وعند **الأئمة الثلاثة**[٢] (**فيما هو معتادٌ**)؛ لأن الضرب في السير معتاد، فكان مأذونا فيه، بخلاف غير المعتاد.

وفي «الغاية»: إن ضرَبه للدابة: يكون تعديا موجبا للضمان[١٤٨/أ].

قيَّد بـ«الكبح»؛ لأن بالسوق لا يضمن **اتفاقا**.

(**وإن تَجاوَزَ بها**) أي: بالدابة (**مكانًا سمَّاه**)، فعطبت: (**ضَمِنَ**) قيمتها؛ [لأنه صار غاصبا][٣]، (**ولا يَبرَأ**) عن الضمان (**بردِّها**) أي: الدابة (**إلى ما سمَّاه**) أي: إلى مكانٍ سمَّا (**وإن**) -وصلية- (**استأْجَرها ذهابًا وإيابًا في الأصحِّ**).

وقال **زفر**: لا يضمن؛ لأنه لمَّا عاد إلى الوفاق: بَرِئ عن الضمان كالمودع.

ولنا: أن يد المستأجِر ليست يد المالك، ولا بد من الرد إليه بعد التعدي، وبالعود لا يكون رادًّا لها إليه، بخلاف المودع؛ فإن يده يد المالك في الحفظ، فإذا عاد المودع إلى الوفاق: عاد إلى يد المالك حكما.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١١٧/٥)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٣٠٨/٧).

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٤٢٩/٧)، و«المدونة» للإمام مالك (٥٠٤/٣)، و«الكافي» لابن قدامة (١٨٥/٢).

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٦/٢).

وإن نَزَعَ سرْجَ الحمارِ، وأَسرَجَه بما يُسرَج به مثلُه: لا يَضمَن، وإن أَسْرَجَه أو أَوْكَفَه بما لا يُسرَج أو بما لا يُوكَف به مثلُه: ضَمِنَ. وكذا إن أَوْكَفه بما يُوكَف به مثلُه.

فقوله: «في الأصح» احتراز عما قيل: إنما يضمن إذا استأجر ذاهبا فقط، لا جائيا؛ لأن الإجارة انتهت إلى ذلك الموضع، فيضمن بالتجاوز عنه.

قال صاحب «الهداية»: الإطلاق أصحُّ[1].

وقال صاحب «الكافي»: التقييد أصحُّ[2].

(**وإن نَزَعَ سرْجَ الحمارِ**) الذي اكتراه بسرجٍ، (**وأَسرَجَه بما يُسرَج به مثلُه**)، فهلكت: (**لا يَضمَن**) **اتفاقا**؛ لأنه إذا كان يُماثِل الأول: تَناوَلَه إذن المالك؛ إذ لا فائدة في التقييد بغيره، إلا إذا كان زائدا عليه في الوزن: فحينئذ يضمن الزيادة كما في «الهداية»[3].

(**وإن أَسْرَجَه أو أَوْكَفَه بما لا يُسرَج**) -متعلق بقوله: «أسرجه»- (**أو بما لا يُوكَف**[4] **به**) -متعلق بقوله: «أوكفه»- (**مثلُه**)، فهلكت: (**ضَمِنَ**) جميع قيمته؛ لأنه لم يتناوله الإذن من جهته، فصار مخالفا.

(**وكذا إن أَوْكَفه بما يُوكَف به مثلُه**) عند **الإمام**؛ لأن الإكاف يُستعمَل بغير ما يُستعمَل له السرج وهو الحمل، وأثرُه يخالف أيضا؛ لأنه لا ينبسط انبساط السرج، فكان في حق الدابة خلافا إلى جنس غير المسمى، فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى، فيضمن الكل.

قيَّد بـ«كونه لا يسرج بمثله»؛ لأنه إذا استأجرها بإكاف، فأوكفها بإكاف مثله أو أسرجها مكان الإكاف: لا يضمن كما في «الخلاصة».

وفي «البحر»: لو استأجرها عريانة، فأسرجها، وركبها: ضمن.

قال مشايخنا: إذا استأجرها من بلد إلى بلد: لا يضمن، وإن استأجرها ليركبها في المصر؛ إن كان المستكري من الأشراف: لا يضمن.

ثم قال: وفي «الكافي»: الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ، وكان هو المذهب؛

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٣٥).

(٢) «الكافي» للنسفي (٢/٢٢٧/أ).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٣٥).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أو يوكف».

وقالا: يَضمَن قدْرَ ما زادَ وزنُه على السَّرْج فقط.

وإن سَلَكَ الحمَّالُ طريقا غيرَ ما عَيَّنَه المالكُ مما يَسلُكه الناس: فلا ضمانَ عليه إن لم يَتفاوَت الطريقان، ....

لأنه ظاهر الرواية كما لا يخفى[1]، انتهى.

(**وقالا: يَضمَن قدْرَ ما زادَ وزنُه على السَّرْج فقط**)، حتى: لو كان وزن الإكاف ضِعْف وزنِ السرج: ضَمِن نصف قيمتها؛ لانعدام الإذن في قدر الزيادة.

والجواب قد مر آنفا.

وفي «العناية»: ولم يُبيِّن مقدار المضمون؛ اتباعا لرواية «الجامع الصغير»؛ لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة، ولكنه قال: «هو ضامن»، وذكر في «الإجارات»: يضمن بقدر ما زاد[2].

فمن المشايخ من قال: ليس في المسألة روايتان، وإنما المطلق محمول على المفسر.

ومنهم من قال: فيها روايتان؛ في رواية «الإجارات»: يضمن ما زاد، وفي رواية «الجامع»: يضمن جميع القيمة.

وقال شيخ الإسلام: وهذا أصحُّ.

وتكلموا في معنى قولهما: «يضمن بحسابه» وهو إحدى الروايتين عن **الإمام**؛

* فمنهم من قال: إنه يقدر بالمساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار: يضمن بحسابه.

* وقيل: يعتبر بالوزن[3].

(**وإن سَلَكَ الحمَّالُ طريقا غيرَ ما عَيَّنَه المالكُ مما يَسلُكه الناس: فلا ضمانَ عليه**) أي: على الحمال (**إن لم يَتفاوَت الطريقان**)؛ لأن التقييد غيرُ مفيدٍ عند عدم التفاوُت.

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٧/٣١٠)، و«الكافي» للنسفي (٢/٢٢٧/أ)، و«الأصل» للإمام محمد (٣/٥٧١).

(٢) في الأصل، ر: «وذكر في الأحاديث: يضمن بقدر ما زاد في الإجارات بقدر ما زاد»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٦).

(٣) «العناية» للبابرتي (٩/٨٩)، و«الجامع الصغير» (ص: ٢١٩)، و«الأصل» (٣/٥٧١)؛ كلاهما للإمام محمد.

وإن تفاوَتَا أو كان مما لا يَسلُكه الناس أو حَمَلَه في البحر، فتَلِفَ: ضَمِنَ، وإن بَلَّغَ:.......

(**وإن تفاوَتَا**) أي: الطريقان بأن كان الطريق المسلوك أعسرَ أو أبعدَ أو أخوفَ من الطريق الآخر، (**أو كان**) الطريق المسلوك (**مما**[1] **لا يَسلُكه الناس**) وإن لم يكن بين الطريقين تفاوت كما في «شرح الوقاية» لابن الشيخ وغيره.

فعلى هذا ظهَر لك عدم فهم مَن قال مِن: «أنه لا حاجة إليه؛ لأن تفاوت الطريقين يُغني عنه، ويمكن دفعه بالتكلُّف»[2]، انتهى[١٤٨/ب]؛ لأنه لا بد من ذكر هذه المسألة؛ لأنها مستقلة تبعٌ.

قيَّد بـ«التعيين»؛ لأنه لو لم يُعيِّن: لا ضمان.

وفي «الخلاصة»: الحمَّال إذا نزل في مفازة، وتهيَّأ له الانتقال، فلم ينتقل حتى فسَد المتاع بمطر أو سرقة: فهو ضامن إذا كانت السرقة والمطر غالبا.

(**أو حَمَلَه**) [أي: حمَل][3] الحمَّال المتاعَ (**في البحر**) إذا قيّد بـ«البَرّ».

(**فتَلِفَ**) المتاع في هذه الصور: (**ضَمِنَ**) الحمال؛ لصحة التقييد.

أما إذا تفاوَتَا أو لا يسلكه الناس: فظاهر، وأما إذا حمَله في البحر: فلِخطَر البحر، ولندرة السلامة.

أطلقه، فشمل ما إذا كان مما يسلك الناس أو لا.

وقيَّدنا بكونه «قُيِّد بالبر»؛ لأنه لو لم يقيد به: لا ضمان كما في «البحر»[4].

(**وإن بَلَّغَ**).

قال الأتقاني: السماع «بلَّغ» -بالتشديد-؛ أي: إن بلَّغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترَط، ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع؛ أي: إذا بلَغ المتاع إلى ذلك الموضع كما في «البحر»[5].

---

(١) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «مما».

(٢) المراد به: ابن كمال باشا كما ذكره في «الإيضاح في شرح الإصلاح» (٣٠٩/٢).

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٧/٢).

(٤) «البحر الرائق» لابن نجيم (٣١١/٧).

(٥) «البحر الرائق» لابن نجيم (١٨/٨)، و«غاية البيان» لأمير كاتب الأتقاني (٧٩/٤/أ).

فله الأجرُ.

وإن عَيَّنَ زرْعَ برٍّ، فزَرَعَ رَطْبَةً: ضَمِنَ ما نَقَصتِ الأرض، ولا أجرَ عليه.

وإن أَمَرَ بخياطةِ الثوبِ قميصًا، فخاطَه قَباءً: خُيِّرَ المالكُ بين تضمينِ قِيمتِه وبين أخذِ القَباءِ ودفعِ أجرِ مثلِه ....

(**فله الأجرُ**[1]) أي: للحمال[2]؛ لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى، ولا يلزم اجتماع الأجر والضمان؛ لأنهما في حالتين كما في «شرح الكنز» للعيني[3].

(**وإن عَيَّنَ زرْعَ برٍّ، فزَرَعَ رَطْبَةً**) أي: من استأجر أرضا لِيَزرعها حنطة، فزرعها رطبة: (**ضَمِنَ ما نَقَصتِ الأرض**)؛ لأن الرطاب أكثر ضررا بالأرض من البر؛ لانتشار عروقها فيها وكثرةِ الحاجة إلى سقيها، فكان خلافا إلى شرٍّ مع اختلاف الجنس، فيجب عليه جميع النقصان، (**ولا أجرَ عليه**)؛ لأنه لمَّا خالف: صار غاصبا، فاستوفى المنفعة بالغصب، فلا يجب الأجر به.

قال العيني: وإن زرع ما هو أقلُّ ضررا من البر: لا يجب عليه الضمان، ويجب عليه الأجر؛ لأنه خلاف إلى خير، فلا يصير به غاصبا[4].

وفي «المنح»: ما ذكَر ههنا من عدمِ وجوب الأجر ووجوبِ ما نقص من الأرض هو مذهب المتقدمين من المشايخ، وأما مذهب المتأخرين: فيجب أجر المثل على الغاصب إذا كانت الأرض للوقف أو لليتيم أو أعدَّها صاحبها للاستغلال[5] كالخانِ ونحوه[6].

(**وإن أَمَرَ بخياطةِ الثوبِ قميصًا، فخاطَه قَباءً: خُيِّرَ المالكُ بين تضمينِ قِيمتِه**) أي الثوب[7] (**وبين أخذِ القَباءِ ودفعِ أجرِ مثلِه**)؛ لأنه لمَّا كان يشبه القميص من وجه؛ لأن

---

(١) في الأصل: «أجر»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٣٧).

(٢) هكذا في الأصل، ر، والمطبوع (٢/٥٣٧)، وفي بقية النسخ: «(فله) أي: للحمال (الأجر)».

(٣) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٧٥).

(٤) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٧٦).

(٥) في الأصل، م، ح، غ: «للاشتغال»، والمثبت من ر، ن، والمطبوع (٢/٥٣٧).

(٦) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٢٢/ب).

(٧) في الأصل، ر: «(بين تضمينه) أي: الثوب، أي: قيمته»، وفي م، ح، غ: «(بين تضمينه) أي: الثوب (قيمته)»، والمثبت من ن، والمطبوع (٢/٥٣٧).

لا يُزاد على ما سُمِّيَ. وكذا لو أَمَرَ بقَباءٍ، فخاطَ سَراويلَ في الأصح، وقيل: يُضمِّنه هنا بلا خيارٍ.

باب الإجارة الفاسدة: يجبُ فيها أجرُ المثلِ لا يُزاد على المسمَّى.

الأتراك يستعملونه استعمال القميص: كان موافقا من وجه مخالفا من وجه؛ فإن شاء: مالَ إلى جانب الوفاق، وأخذ الثوب، وإن شاء: مالَ إلى جانب الخلاف، وضمَّنه القيمة.

وإنما وجب أجر المثل دون المسمى؛ لأن صاحبه إنما رضي بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل.

(**لا يُزاد على ما سُمِّيَ**) كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة.

وفي «البحر»: أطلقه، فشمل ما إذا كان يُستعمَل استعمال القميص، وما إذا شقَّه وجعَله قباءً، خلافا للإسبيجابي في الثاني حيث أوجب فيه الضمان.

وعن **الإمام**: أنه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب(١).

(**وكذا**) خُيِّر المالك (**لو أَمَرَ بقَباءٍ، فخاطَ سَراويلَ في الأصح**)؛ للاتحاد في أصل المنفعة، وصار كمن أَمَر بضرب طستٍ من شبهٍ، فضرب منه كُوزا: فإنه يُخيَّر، فكذا ههنا.

(**وقيل: يُضمِّنه هنا بلا خيارٍ**)؛ للتفاوت في المنفعة.

(باب الإجارة الفاسدة)

وجه التأخير عن الصحيحة ظاهر.

(**يجبُ فيها**) أي: في الإجارة الفاسدة (**أجرُ المثلِ لا يُزاد على المسمَّى**) المعلوم عندنا.

وعند زفر **والأئمة الثلاثة**: يجب الأجر بالغا ما بلغ؛ اعتبارا ببيع الأعيان(٢).

ولنا: أن المنافع غير متقومة بنفسها، بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس، وقد أسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه، وإذا نقص أجر المثل لا يجب زيادة المسمى؛ لفساد التسمية، بخلاف البيع؛ لأن تقوُّم الأعيان ليس[١٤٩/أ] بضروري.

---

(١) «البحر الرائق» لابن نجيم (٣١١/٧).

(٢) «منهاج الطالبين» للنووي (ص: ١٦٤)، و«المعونة» للثعلبي (ص: ١١٠١)، و«المبدع» لابن مفلح (٤٥٤/٤).

ومن استأْجَر دارًا؛ كلَّ شهرٍ بكذا: صحَّ العقد في شهرٍ فقط إلا أن يُسمِّيَ جملةَ الشهورِ. وكلُّ شهرٍ سَكَنَ منه ساعةً: صحَّ فيه. وسَقَطَ حقُّ الفسخ،.........................

فالحاصل: أن المسمى إن كان مساويا لأجر المثل أو زاد عليه: فأجر المثل، وإن كان أقلَّ منه: فالمسمى كما في «القهستاني»[1].

هذا إذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية، فإن كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية: يجب أجر مثله بالغا ما بلَغ.

وكذا إذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل أن يسمي دابة أو ثوبا، أو يستأجر الدار أو[2] الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يَعمُرها أو يَرُمَّها.

وقالوا: إذا استأجر دارا على [أن][3] يسكنها المستأجر: فسدت الإجارة، ويجب عليه أجر المثل بالغا ما بلغ إن سكنها.

(**ومن استأْجَر دارًا؛ كلَّ شهرٍ بكذا: صحَّ العقد في شهرٍ**) واحد[4] (**فقط**)، وفسد الباقي؛ لأن كلمة «كل» للعموم، وقد يتعذر العمل بها؛ لأن الشهور لا نهاية لها، والواحدُ معيَّن، فيصح فيه، وإذا تمَّ الشهر: كان لكل منهما فسخُ الإجارة؛ لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول **أبي يوسف**، وبمحضره على قولهما.

وقيل لا: يفسخ إلا بمحضر صاحبه بالاتفاق.

(**إلا أن يُسمِّيَ جملةَ الشهورِ**) أي: إلا أن يُعيِّن كل الأشهر بأن يقول: «آجرتُها عشرة أشهر؛ كل شهر بدرهم -مثلا-»؛ لأنه حينئذ يعلم[5] المدة، فيصح العقد فيها بالإجماع.

(**وكلُّ شهرٍ سَكَنَ**) المستأجر (**منه**) أي: من الشهر (**ساعةً: صحَّ فيه**) أي: في ذلك الشهر الذي سكن ساعة؛ لحصول رضاهما بذلك.

(**وسَقَطَ حقُّ الفسخ**) أي: لا يكون للمؤجر إخراجه إلى أن ينقضي ذلك الشهر إلا بعذر لأنه تمَّ العقد به؛ لتراضيهما في أوله، وهذا هو القياس، وقد مال إليه بعض المتأخرين.

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٧٢/٢).

(٢) في الأصل، ر: «و»، والمثبت بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٧/٢).

(٣) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها.

(٤) في الأصل، م، والمطبوع (٥٣٧/٢) من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ.

(٥) في الأصل، ر: «يعلم»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٧/٢).

وظاهرُ الروايةِ بقاؤه في الليلةِ الأولى ويومِها.

وإن آجَرَها سنةً بكذا: صحَّ وإن لم يُبيّن قِسطَ كلِّ شهرٍ.

(**وظاهرُ الروايةِ بقاؤه**[1]) أي: بقاء حق الفسخ (**في الليلةِ الأولى ويومِها**) أي: لكل واحد منهما الخيارُ في الليلة الأولى من الشهر الداخل ويومها، وبه يفتى كما في أكثر المعتبرات[2]؛ لأن ذلك رأس الشهر، وفي اعتبار أول الشهر نوعُ حرجٍ؛ لتعذر اجتماع المتعاقدين في ساعة رؤية الهلال.

* ولو فسخ في أثناء الشهر: لم ينفسخ، وقيل: ينفسخ إذا خرج الشهر.

* ولو قال في أثناء الشهر: «فسختُ رأس الشهر»: ينفسخ إذا أهلَّ الشهر بلا شبهة.

* ولو قدَّم أجرة شهرين أو ثلاثة، وقبض الأجرة: لا يكون [لواحد منهما][3] الفسخ فيما عجِّل.

(**وإن آجَرَها**) أي: الدار (**سنةً**[4] **بكذا**[5]: **صحَّ وإن**) -وصلية- (**لم يُبيّن قِسطَ كلِّ شهرٍ**)؛ لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والأجرةُ معلومة، فتصح وتُقسَّم الأجرة على الأشهر على السواء، ولا يعتبر تفاوت الأسعار باختلاف الزمان.

---

(١) «الأصل» للإمام محمد (٤/١١).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٥/١٣١)، و«الهداية» للمرغيناني (٣/٢٣٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٢٢).

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٨).

(٤) ليست في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٣٨).

(٥) قيل: إن آجر في عاشر ذي الحجة بسنة؛ فإن تم ذو الحجة على ثلاثين يوما: فالسنة تتم [عند محمد على عاشر ذي الحجة، وإن تمَّ على تسعة وعشرين فالسنة تتم] على الحادي عشر من ذي الحجة، فيلزم حينئذ أن يتكرر عيد الأضحى في سنة واحدة كما في «شرح الوقاية» (٤/٢٨٣).
وأجاب عنه بعض الفضلاء بأن قال: نعم، لكن في السنة التي قدر بها مدة الإجارة لا في السنة المعروفة، فالمحذور غير لازم، واللازم غير محذور، انتهى. لكن الجواب الحق: أنه أمرٌ ضروريٌّ يتركب عند الحاجة، تدبَّر. (**داماد، منه**).
قلنا: الزيادة التي بين المعقوفين ليست في الأصل، ر، وهي من ن. والمراد بـ«بعض الفضلاء»: ابن كمال باشا كما ذكره في «الإصلاح» (٢/٣١١).

وابتداءُ المدَّة ما سُمِّيَ، وإلا: فوقتُ العقدِ؛ فإن كان حين يُهَلُّ: تُعتبر بالأهِلَّة، وإلا: فبالأيَّام. وعند محمد: الأولُ بالأيَّام، والباقي بالأهِلَّة. وأبو يوسف معه في روايةٍ، ومع الإمام في أخرى. وكذا العِدَّة.

(**وابتداءُ المدَّة**) أي: مدةِ الإجارة (**ما سُمِّيَ**) إن وقعت التسمية بأن يقول: «من شهر رجب من هذه السنة -مثلا-»، (**وإلا**) أي: بإن[1] لم تقع تسمية: (**فوقتُ العقدِ**) هو المعتبر في ابتداء المدة؛ لأن الأوقات كلها سواءٌ في حكم الإجارة، وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالأجل واليمينِ: «أن لا يُكلِّم فلانا شهرا».

هذا إذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة، وإن بيَّن المدة: تعيَّن ذلك، وهو ظاهر.

(**فإن كان**) عقد الإجارة (**حين يُهَلُّ**) -على صيغة المفعول، بمعنى: يبصر الهلال»-، والمراد من «الحين»: اليوم الأول من الشهر دون ليله كما في اليمين: (**تُعتبَر**) السنة كلها (**بالأهِلَّة**)؛ لأنها هي الأصل في الشهور، قال الله تعالى: ﴿۞يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩]، (**وإلا**) أي: وإن لم يكن العقد حين يهل الهلال، بل كان بعدما مضى من الشهر: (**فبالأيَّام**) أي: فتعتبر الأيام في الشهور بالعدد، وهو: أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما.

هذا عند **الإمام**؛ لأنه لمَّا تعذر اعتبار الشهر الأول بالأهلة: تعذَّر اعتبار الثاني والثالث أيضا؛ لأن الشهر الأول لمَّا وجب تكميله من الثاني؛ لكونه متصلا به أنقص الثاني أيضا: فوجب تكميله من الثالث، وهكذا إلى آخر المدة.

(**وعند محمد: الأولُ**) أي: الشهر الأول (**بالأيَّام، والباقي بالأهِلَّة**)؛ لأن الأصل في الشهور اعتبارها بالأهلة عند الإمكان، وقد أمكن ذلك[١٤٩/ب] في الشهور المتخلِّلة، وتعذَّر بالأول، فيكمل بالأيام الشهرَ الآخرَ.

(**وأبو يوسف معه**) أي: مع محمد (**في روايةٍ، ومع الإمام في أخرى**).

(**وكذا العِدَّة**)؛ فإن الإيقاع إذا كان حين يُهَلُّ الهلال: تعتبر شهور العدة بالأهلة، وهذا **بلا خلاف**، وإذا كان في أثناء الشهر: ففي حق تفريق الطلاق يعتبر[2] بالأيام **اتفاقا**.

---

(١) هكذا في الأصل، ر، وفي بقية النسخ: «بأن» بدون: «أي»، وفي المطبوع (٥٣٨/٢): «أي إن».

(٢) في الأصل، ر: «تعتبر»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٨/٢).

ويجوز أخذُ أجرةَ الحمّامِ والحجّامِ، ....

وكذا في حق انقضاء العدة عنده، وأما عندهما: فتعتبر[1] شهر واحد بالأيام وشهران بالأهلة.

وذكر في «النهاية»: أن العدة في هذه الصورة تعتبر بالأيام اتفاقا كما في «القهستاني»[2].

(ويجوز أخذُ) الحمّاميّ **(أجرةَ الحمّامِ)**؛ للتوارث والتعارف، قال صلى الله تعالى عليه وسلم: «**ما رآه المؤمنون حسنا: فهو عند الله حسن**»[3]، فلا تعتبر جهالة المنفعة في مثل هذا.

ومن العلماء مَن كَرِه الحمّام؛ لأنه شرُّ بيتٍ بإشارة النبي ﷺ[4]، وكَرِه بعضهم اتخاذه للنساء؛ لأنه قلَّما يخلو اجتماعهن عن فتنة.

والصحيح: أنه لا بأس باتخاذه للرجال والنساء جميعا؛ للضرورة كما في أكثر المعتبرات[5].

(و) يجوز أخذ[6] **(الحجّامِ)** أجرته؛ لِما روي أنه ﷺ احتجم وأعطى أجرته[7]، فكان قوله ﷺ: «**إن من حرام السُّحت كسبَ الحجام**»[8] منسوخا بما رُوِي.

---

(١) في الأصل، ر: «تعتبر»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٨/٢).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٧٢/٢)، و«النهاية» للسغناقي (٢/٢٧٦/ب).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (١٠٩٢٦/٢٥/١١) بلفظ: «**شر البيت الحمام...**»، وأخرجه البزار في «مسنده» (٤٨٨٨/١٥٤/١١) بلفظ: «احذروا...»، والطبراني في «المعجم الكبير» (١٠٩٣٢/٢٧/١١)، والحاكم في «المستدرك» (٧٧٧٨/٣٢٠/٤)، ومن طريقه البيهقي في «شعب الإيمان» (٧٣٧٥/١٩٩/١٠)، وأبو نعيم في «الطب النبوي» (١٩٣/٢٩٥) بلفظ: «**اتقوا بيتا يقال له: الحمام**»، وأبو نعيم في «الطب النبوي» (١٩٤/٢٩٦)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٧٣٧٨/٢٠١/١٠)، و(٧٣٨٢/٢٠٥/١٠) بلفظ: «**بئس البيت الحمام**».

(٥) «المبسوط» للسرخسي (١٥٦/١٥)، و«المحيط البرهاني» لابن مازة (٣٨٤/٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (١٢٣/٥).

(٦) في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٨/٢).

(٧) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٢٧٩)، ومسلم في «صحيحه» ٦٥-(١٢٠٢).

(٨) أخرجه النسائي في «السنن الكبرى» (٤٦٦٧/٤٢٣/٤)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٦٦١/٨١/١٢)، وابن حبان في «صحيحه» (٤٩٤١/٣١٥/١١)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٦٦٩٦/١٦١/٧) بدون لفظ: «**حرام**».

لا أخذُ أجرةِ عَسْبِ التَّيس، ولا على الطاعات كالأذانِ والحجّ والإمامةِ وتعليمِ القرآنِ والفقهِ ....

(لا) يجوز (**أخذُ أجرةِ عَسْبِ التَّيس**[1]) هو: أن يؤاجر فحلا ليَنزُو على الإناث؛ لقوله ﷺ: «**إن من السُّحت عسب التيس**»[2] بمعنى: «أخذ أجرة عسب التيس» على حذف المضاف والمضاف إليه؛ لأن حقيقة العَسْب ليس بمكروه؛ لأنه سببٌ لبقاء النسل، ولأن الاستئجار للإحبال والإنزاء وهو أمر موهوم غير معلوم.

(ولا) يجوز أخذ الأجرة عند المتقدمين (**على الطاعات**).

وفي «شرح الوافي»: والمذهب عندنا: أن كل طاعة يختصُّ بها المسلم: فالاستئجار عليها باطل[3].

(**كالأذانِ والحجّ والإمامةِ**) والتذكيرِ والتدريسِ والغزوِ (**وتعليمِ القرآنِ والفقهِ**) وقراءتِهما؛ لأن القربة تقع على العامل، ولقوله ﷺ: «**اقرؤوا القرآن**»؛ أي: عَلِّموا، «**ولا تأكلوا به**»[4]، بخلاف بناء المساجد وأداءِ الزكاة وكتابةِ المُصحَف والفقهِ وتعليمِ الكتابة والنجومِ والطبِّ والتعبيرِ وعلومِ الأَدبيَّة؛ فإنَّ أخذ الأجرة في الجميع جائز بالاتفاق.

وقال **الشافعي**: يجوز في كل ما لا يتعين على الأجير[5].

---

(١) وفي «القهستاني»: و«لا عَسْب التَّيس» -بفتح العين وسكون السين المهملتين-؛ أي: نَزْو الذكَر على الأنثى، وإعطاء الكراء على النزو؛ لأنه حرام بالسنة، و«العَسْب»: ضِراب الفحل وإعطاء الكراء عليه، و«التَّيس» في الأصل: الذكَر من الضأن والمعز والوُعُول كما في «القاموس» (ص: ١١٤). (داماد، منه).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية»: غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه أبو يعلى الموصلي في «معجمه» (١٩٧/١٧٢)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٧٠٩/١٨٦/٢)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٤٦٨٠/٤٢٨/٤) بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن عسب التيس» بدون لفظ «ثمن» في الطحاوي، وأخرجه أيضا البخاري في «صحيحه» (٢٢٨٤)، وأبو داود في «سننه» (٣٤٢٩)، والنسائي في «سننه» (٤٦٧١) بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفَحْل».

(٣) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/٢٢٨/ب).

(٤) أخرجه أحمد بن حنبل في «مسنده» (١٥٥٢٩/٢٨٨/٢٤)، وعبد بن حميد في «مسنده» (٣١٤/٢٦٠/١)، وأبو يعلى في «مسنده» (١٥١٨/٨٨/٣)، والبزار في «مسنده» (١٠٤٤/٢٥٣/٣)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٣٣٢/١١٠-١٠٩/١١).

(٥) «أسنى المطالب» للجويني (٢/٤١٠).

أو المَعاصِي كالغناءِ والنَّوْحِ والمَلاهِي. ويُفتَى اليومَ بالجواز على الإمامةِ وتعليمِ القرآنِ والفقهِ. ....

وعند **مالك**: يجوز على الإمامة إذا جمعها مع الأذان[١].

(**أو المَعاصِي**) أي: لا يجوز أخذ الأجرة على المعاصي (**كالغناءِ والنَّوْحِ والمَلاهِي**)؛ لأن المعصية لا يتصوَّر[٢] استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر، وإن أعطاه الأجرَ وقبَضه: لا يحل له، ويجب عليه ردُّه على صاحبه.

وفي «المحيط»: إذا أخذ المال من غير شرط يباح [له][٣][٤]؛ لأنه عن طوع من غير عقد.

وفي «شرح الكافي»: لا تجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل أو شيءٍ من اللهو، ولا على الحداء وقراءة الشعر، ولا أجر في ذلك[٥].

وفي «الولوالجي»: رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل؛ إن كان للَّهو: لا يجوز، وإن كان للغزو أو القافلة أو العرس: يجوز؛ لأنه طاعة[٦].

(**ويُفتَى اليومَ بالجواز**) أي: بجواز أخذ الأجرة (**على الإمامةِ وتعليمِ القرآنِ والفقهِ**) والأذانِ كما في عامة المعتبرات[٧].

وهذا مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك، وقالوا: بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفَّاظ ورغبة الناس فيهم، وكانت لهم عطيَّات من بيت المال وافتقادٌ من المتعلِّمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يُعِينونهم على معاشهم ومعادهم، وكانوا يفتون بوجوب التعليم؛ خوفا من ذهاب القرآن، وتحريضا على التعليم حتى تَنهَضوا لإقامة الواجب، فتكثر حفَّاظ القرآن.

---

(١) «شرح التلقين» للمازري (١/٤٣١).

(٢) في الأصل، ر: «يتحقق»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٨).

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٣٨).

(٤) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٥/٣٥٨).

(٥) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/٢٢٨/ب).

(٦) «الفتاوى الولوالجية» (٣/٣٣٣).

(٧) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٧/٤٨٠)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٢٤)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٣٣).

ويُجبَر المُستأجِر على دفعِ ما سُمِّيَ ويُحبَس به، وعلى دفعِ الحلوةِ المرسومةِ.

وأما اليوم: فذهب ذلك كلُّه، وانقطعت العطيّات من بيت المال بسبب استيلاء الظَّلَمة، واشتغل الحفَّاظ بمعاشهم[١٥٠/أ]، وقلَّما يُعلِّم حسبة، ولا يتفرغون له أيضا؛ فإن حاجتهم يمنعهم من ذلك، فلو لم يُفتَح باب التعليم بالأجر: لذهَب القرآن، فأفتوا بجوازه لذلك، ورأوه حسنا، وقالوا: الأحكام قد يختلف[١] باختلاف الزمان، ألا يرى: أن النساء كُنَّ تَخرُجن إلى الجماعات في زمانه ﷺ وزمان أبي بكر ﷺ حتى منعهن عمر ﷺ، واستقرَّ الأمر عليه، وكان ذلك هو الصواب كما في «التبيين»[٢].

وفي «النهاية»: يفتي بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضا في زماننا[٣]، وفي «الخانية» خلافه، تتبَّعْ[٤].

وفي «المجمع»: يفتي بجواز الاستئجار على التعليم والفقه والإمامة، كذا في «الذخيرة»[٥] و«الروضة».

ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه؛ لعدم التعارف كما في «شرح الكنز» للعيني[٦].

(**ويُجبَر المُستأجِر**) وهو الصبي أو وليُّه (**على دفعِ ما سُمِّيَ**) من الأجر، (**ويُحبَس به**، أي: بالأجر الذي سمَّى، (و) يُجبَر (**على دفع**[٧] **الحلوةِ المرسومةِ**).

«الحَلْوة» -بفتح الحاء المهملة-: هديةٌ تُهدَى إلى المعلِّمين على رؤوس بعض سوَر القرآن، سُمِّيت بها؛ لأن العادة إهداء الحلاوى، وهي لغة يستعملها أهل ما وراء النهر حتى لو لم يكن بينهما قولٌ وشرطٌ: يُؤمَر بإرضائه المعلِّم.

---

(١) في الأصل: «يختلف»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٥٣٩/٢).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٢٥/٥).

(٣) «النهاية» للسغناقي (٢٧٧/٢/ب).

(٤) «الخانية» لقاضي خان (٢٢٧/٢).

(٥) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٣٥٦)، و«فتاوى الذخيرة» لابن مازة (٥٣١/١١).

(٦) «رمز الحقائق» للعيني (٢٧٨/٢).

(٧) في نسخة المؤلف لـ«داماد»، والمطبوع (٥٣٩/٢) من عبارة الشارح، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

ولا تصحُّ إجارة المُشاع ....

وفي «الخانية» وغيرها: رجل استأجر رجلا ليُعلِّم ولده أو عبده الحِرفة: فيه روايتان؛ في رواية «المبسوط»: تجوز، وفي رواية «القدوري»: لا تجوز(١).

* فإن بيَّن لذلك وقتا معلوما سنة أو شهرا: جازت الإجارة، ويستحق المسمى؛ تَعلَّم الولد أو لم يَتعلَّم.

* وإن لم يُبيِّن لذلك وقتا: لا تصح الإجارة، وله أجر المثل إن تعلَّم الولد والعبد، وإن لم يتعلم: فلا أجر له(٢).

وفي «الجواهر»: استُؤجِروا لحمل جنازة [مسلم](٣) أو لغسل ميت؛ فإن كان في موضعٍ لا يوجد من يغسله غير هؤلاء: فلا أجر لهم، وإن كان في موضعٍ فيه إناس غيرهم: فلهم الأجر.

وفي «النُّتَف»:

* إجارة السُّفُن جائزة، وهي على وجهين: أحدهما: أن يستأجرها إلى مدة معلومة، والآخر: أن يستأجرها إلى مكان معلوم، وكلاهما جائزان [إن](٤) مضت المدة وهي في البحر، فله أن يمسكها حتى تخرج من البحر، ويعطيه أجر مثلها.

* وكذا إجارة الخيام والفسطاط جائزة، وله أن ينصب ذلك كما ينصب الناس؛ فإن احترق في الشمس، أو فسد في السفر من المطر أو الثلج، أو تخرق من غير عنف أو خلاف: فلا ضمان.

* وكذا إجارة الأسلحة جائزة، وله أن يقاتل، ولا ضمان عليها إن هلكت، وإن تعدَّى عليها فهلَك: فعليه الضمان، ولا أجر عليه(٥).

(ولا تصحُّ إجارة المُشاع)؛ سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض(٦)، أو فيما

---

(١) «مختصر القدوري» (١٥٧/٦)

(٢) «الخانية» لقاضي خان (٢،١٢٦)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢٢/٨).

(٣) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٩/٢).

(٤) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٥٣٩/٢).

(٥) «فتاوى النتف» للسغدي (٥٧٣/٢).

(٦) في الأصل، ر: «كالعرض»، وسقط من م، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٥٣٩/٢).

إلا من الشريك، وعندهما: تصحُّ مطلقا. وإن آجَرَ دارًا من رجلَيْن: صحَّ اتفاقا.

ويجوزُ استئجارُ الظِّئْر بأجرٍ معلومٍ،......................

لا يحتمل القسمة كالعبد عند الإمام؛ لأن إجارة الدار -مثلا- إنما هي للانتفاع بعينها، وهذا غير متصور في المشاع حيث لا يمكن التسليم بخلاف بيعه.

والمراد من «الشيوع»: الشيوع الأصلي؛ لأن الطارئ لا يُفسد الإجارة في ظاهر الرواية عند الإمام[1]، وعنه: يفسدها.

(**إلا من الشريك**)؛ فإنه يجوز مشاعا بالإجماع في ظاهر الرواية عن الإمام؛ لأن الكل مجتمع على ملكه، فلا يلزم الشيوع[2]، وعنه: لا يجوز أيضا.

ثم اختلف المشايخ على قول الإمام؛ قيل: لا ينعقد حتى لا يجب الأجر أصلا، وقيل: ينعقد فاسدا حتى يجب أجر المثل، وهو الصحيح.

(**وعندهما: تصحُّ**) إجارة المشاع (**مطلقا**)؛ سواء آجَر نصيبَه شريكه أو غيره؛ لأنه نوع تمليك، فيجوز كالبيع، وبه قال الشافعي ومالك[3].

والحيلة في جواز إجارة المشاع: أن يستأجر الكل، ثم يفسخ في النصف: فإنه يجوز؛ لأن الشيوع الطارئ لا يفسدها كما مرَّ ويَحكم الحاكم بجوازه.

وفي «المغني»: الفتوى في إجارة المشاع على قولهما، لكن في «الخانية» وغيرها: الفتوى على قول الإمام، وبه جزم أصحاب المتون والشروح، فكان هو المذهب كما في «المنح»[4].

(**وإن آجَرَ دارًا من رجلَيْن: صحَّ اتفاقا**)؛ لأن التسليم يقع جملة، ثم الشيوع لتفرُّق الملك بينهما طارئ.

(**ويجوزُ استئجارُ الظِّئْر**) وهي مرضعة (**بأجرٍ معلومٍ**).

---

(١) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ٢١٦).

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٥/١٤٥).

(٣) «الحاوي الكبير» للماوردي (٧/٤٤٥)، و«التبقين» للثعلبي (٢/١٦٠).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٢٣/ب)، و«الخانية» لقاضي خان (٢/٢٣٦)، و«الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٥٣)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٥٥٠)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٢٧)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٨/٢٣).

وكذا بطعامِها وكِسوتِها، خلافا لهما. وعليها غسلُ الصبيِّ وغسلُ ثيابِه وإصلاحُ طعامِه ودَهنُه، ....

والقياس: أن لا يصح كإجارة البقرة أو الشاة ليشرب لبنها، وإجارةِ البستان ليأكل ثمره.

وجه الاستحسان: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ [١٥٠/ب] أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وعليه انعقد **الإجماع**، وقد جرى به التعامل في الأعصار بلا نكير؛ لأنه عقدٌ على منفعة هي تربية الصبي، واللبنُ تابع، وهو اختيار صاحب «الذخيرة»[١] و«الإيضاح»، وأقرب إلى الفقه كما في «الهداية»[٢]، وهو الصحيح كما في «الكافي»[٣].

وقيل: عقدٌ على اللبن؛ لأنه المقصود، والخدمةُ تابعة، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي[٤].

وفي «العناية» كلام[٥]، فليطالع.

(**وكذا**) يجوز استئجارها (**بطعامِها وكِسوتِها**) استحسانا عند **الإمام**؛ لأن الجهالة هنا لا تُفضي إلى النزاع؛ لأن العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد.

(**خلافا لهما**) أي: قالا: لا يجوز قياسا للجهالة، وهو قول **الشافعي**[٦].

وفي «الجامع الصغير»: إن سمَّى الطعام دراهم، ووصَف جنس الكسوة وأجلَها، وبيَّن ذرعها: جاز[٧] إجماعا.

ومعنى تسمية «الطعام» «دراهم»: أن تجعل الأجرة دراهم، ثم يدفع الطعام عوضا عنها، ولو بيَّن جنس الطعام، ووصَفه، وقدَّره: جاز أيضا، وفي الطعام لا يشترط الأجل.

(**وعليها**) أي: على الظئر: (**غسلُ الصبيِّ وغسلُ ثيابِه**) عن البول والغائط، لا عن الوسخ، (**وإصلاحُ طعامِه**) بالمضغ أو الطبخ، (**ودَهنُه**) -بفتح الدال-؛ أي: جعل الصبي

---

(١) «فتاوى الذخيرة» لابن مازة (١٢/١٠٠).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٣٩).

(٣) «الكافي» للنسفي (٢/٢٢٩/ب).

(٤) «المبسوط» للسرخسي (١٥/١١٨).

(٥) «العناية» للبابرتي (٩/١٠٢).

(٦) «حلية العلماء» للقفال (٥/٤٣٢).

(٧) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ٢١٦).

ولا ثمنُ شيءٍ منها، بل هو وأجرُها على مَن نفقتُه عليه. فإن أَرضَعَتْه في المدة بلَبنِ شاةٍ أو غذَّتْه بطعامٍ: فلا أجرَ لها، ....

مطلًى بالدُّهن -بالضم-؛ لأن كلا منها عليها عرفا، والعرفُ معتبر فيما لا نص فيه.

(**ولا**[١]) يجب على الظئر (**ثمنُ شيءٍ منها**) أي: من هذه المذكورات، (**بل هو**) أي: ثمن طعامه ودهنه وما غسل به ثيابه من الصابون ونحوه (**وأجرُها**) أي: أجر الظئر (**على مَن نفقتُه**) أي: نفقة الصبي (**عليه**)؛ سواء كان والدَه أو غيره ممن تجب عليه نفقته، فلو مات ممن تجب عليه نفقته: فعلى الوصي من مال الصبي، فلا تبطل الإجارة بموته.

وقال أبو بكر: إنها تبطل إذا كان للصبي مالٌ كما في «القهستاني»[٢].

وما ذكر محمد من: «أن الدهن والريحان على الظئر»: فبناءً على ما هو عرفُ الكوفة.

ثم فرَّعه بقوله:

(**فإن أَرضَعَتْه**) [أي][٣]: إن أرضعت الظئرُ الصبيَّ بمعنى: «أَوْجَرتْه» -فقولهم: «فإن أرضعته» يكون من قبيل المشاكلة- (**في المدة**) أي: [في][٤] مدة الرضاع (**بلَبنِ شاةٍ**) في فمه، (**أو غذَّتْه**) -من: «التغذية»- (**بطعامٍ**)، ومضت المدة: (**فلا أجرَ لها**)؛ لأنها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الإرضاع، وهذا إيجار وليس بإرضاع، وهو غير ما وقع عليه عقد الإجارة، ولهذا لو أَوْجَر الصبي بلبن الظئر في المدة: لم تستحق الأجرة، فعُلِم بهذا: أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين وهو اللبن كما في «العناية»[٥].

وفي «المحيط»: لو استأجر شاة لترضع جَدْيا أو صبيًا: لا يجوز[٦]؛ لأن للبن البهائم قيمةً، فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول، فلا يجوز، وليس للبن المرأة قيمة، فلا تقع الإجارة عليه، وإنما تقع على فعل الإرضاع والتربية والحضانة.

وفي «القهستاني»: فإن جحدته للظئر: فالاعتبار ليمينها ولبيِّنَتهم، وإن أقام كل بينة: فبينتها.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لا» بدون الواو.

(٢) وفي الطبعة جامع الرموز في أيدينا نقص بين الصفحة ٢٧٣- ٢٧٦ ولذلك لم نشر إلى المصدر.

(٣) ليست في الأصل، ر، ن، والزيادة من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٤٠).

(٤) ليست في الأصل، ر، ن، والزيادة من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٤٠).

(٥) «العناية» للبابرتي (٩/١٠٦).

(٦) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٧/٤٩٢).

ولِزوجِها وطؤُها لا في بيتِ المُستأجِر، وله فسخُها إن لم تكن بِرضاه إن كان نكاحُه ظاهرًا لا إن أقَرَّت به، ولأهلِ الطفلِ فسخُها إن مَرِضتِ أو حَبِلتْ.

وهذا إذا شهدوا أنها أرضعته بلبن شاة وما أرضعته بنفسها، فلو اكتفى بالنفي: لم تقبل؛ لأنها شهادة على النفي، بخلاف الأول؛ فإن النفي فيها دخل في ضمن الإثبات كما في «المحيط»[1].

وفي «الدرر»: بخلاف ما: إذا دفعته إلى خادمتها حتى أرضعته: حيث تستحق الأجر[2].

(ولِزوجِها) أي: زوج الظئر (وطؤُها) إذا أراد؛ لأنه حقه، فلا يتمكن المستأجر من إبطاله، (لا) يطأ (في بيتِ المُستأجِر) إذا منَع المستأجر عن الوطء فيه؛ لأنه ملكه فيمنعه، فإن لم يمنع بل أذن فيه: جاز.

(وله) أي: لزوج الظئر (فسخُها) أي: الإجارة (إن لم تكن) الإجارة (بِرضاه)؛ سواء كان تَشِينه[3] إجارتها بأن كان وجيها بين الناس، أو لم تشنه[4] في الأصح، لكن ليس على الإطلاق، بل (إن كان نكاحُه) أي: نكاح الزوج (ظاهرًا) بين الناس، أو يكون عليه شهود صيانة لحقه، (لا) أي: ليس له أن يفسخ الإجارة (إن أقَرَّت) المرأة (به) أي: بالنكاح؛ لأن الإقرار حجة قاصرة غير مقبولة في إبطال حق الغير -وهو: المستأجر-.

(ولأهلِ الطفلِ فسخُها) أي: الإجارة (إن مَرِضتِ) الظئر (أو حَبِلتْ[١٥١/أ]) ؛ لأن الحبلى والمريضة تضر بالصغير.

وكذا تفسخ المرضعة إذا مرضت أو حبلت إن خيف عليها، وكذا تفسخ إذا تقيَّأ لبنها أو كانت سارقة أو فاجرة ثابتا فجورُها، بخلاف ما إذا كانت كافرة كما في «شرح الكنز» وغيره[5].

وما في «القهستاني» من: أنه صحَّ استئجار الظئر الكافرة والفاجرة، لكن نهي عن إرضاع الحمقاء» نوعُ مخالفةٍ إلا أن يراد بـ«الفاجرة» غيرُ ثابت فجورها، أو يراد صحة الاستئجار فقط.

---

(١) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٤٥٠/٧).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢٣٣/٢).

(٣) في الأصل، ر، م: «تشبه»، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٥٤٠/٢).

(٤) في الأصل، ر، م: «تشبه»، والمثبت من ح، ن، غ، والمطبوع (٥٤٠/٢).

(٥) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٣٨/٥)، و«البحر الرائق» لابن نجيم (٢٦/٨).

وفَسَدَ استئجارُ حائكٍ ليَنسِج له غزْلًا بنصفِه، أو حمارٍ ليَحمِل عليه طعامًا بقَفيزٍ منه، أو ثورٍ ليَطحَن له بُرًّا بقَفيزٍ من دقيقِه. ويجبُ أجرُ المثلِ في الكلِّ لا يُجاوِز المُسمَّى.

---

* وكذا تفسخ إذا كان الصبي لا يأخذ ثديها، ولها أيضا فسخها إذا كانت تتأذى منهم، وكذا إذا لم تجرِ عادةٌ بإرضاع ولد غيرها.

* ولا تفسخ[1] بموت أب الصبي؛ لأن الإجارة واقعة للصبي، لا للأب؛ سواء كان له مال أو لم يكن، بخلاف موت الصبي أو الظئر؛ فإنها انتقضت.

* ولو سافرت هي وأهل الصبي: تفسخ الإجارة.

(**وفَسَدَ استئجارُ حائكٍ ليَنسِج له غزْلًا بنصفِه**) أي: بنصف الغزل أو ثُلُثه، (**أو**) استئجار (**حمارٍ ليَحمِل عليه طعامًا**) إلى بيته (**بقَفيزٍ منه**) أي: من الطعام بأن جعل القفيز أجرته، (**أو**) استئجار (**ثورٍ ليَطحَن له بُرًّا بقَفيزٍ من دقيقِه**) أي: دقيق ذلك البر.

أما في فساد الأولى والثانية: فلأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فصار في معنى قفيز الطحَّان وقد نهى عنه رسول الله ﷺ[2]، والمعنى فيه: أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر؛ لأنه بعضُ ما يخرج من عمل الأجير، والقدرةُ على التسليم شرطٌ لصحة العقد، وهو لا يقدر بنفسه وإنما يقدر بغيره، فلا يُعدُّ قادرا ففسَد.

قال أبو المكارم: قال قاضي خان يجوز النسج[3] بالثلث أو الربع، وبه أخذ الفقيه أبو الليث والإمام الحلواني والإمام أبو علي النسفي[4].

(**ويجبُ أجرُ المثلِ في الكلِّ لا يُجاوِز المُسمَّى**)؛ فلأن الإجارة لمَّا فسدت: وجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لرضاه بخط الزيادة، بخلاف ما: إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر: حيث لا يجب الأجر؛ لأن الأجير فيه ملَك النصف في الحال بالتعجيل، فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما، وبحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر؛ إذ ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه، فلا يتحقق تسليم المعقود عليه.

---

(١) في الأصل، ر: «يفسخ»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٠).

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٢/١٨٦/٧٠٩)، وأبو يعلى في «مسنده» (٢/٣٠١/١٠٢٤)، والدارقطني في «سننه» (٣/٤٦٨/٢٩٨٥)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٨/١٤٧/١١٤٤٤).

(٣) في الأصل، ر: «الفسخ»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٠).

(٤) «الخانية» للقاضي خان (٢/٢٣٤).

وإن استأْجَره ليَخبِز له اليوم قفيزًا بدرهمٍ: فَسَدَ، خلافا لهما. ولو قال: «في اليوم»: صحَّ اتفاقًا.

وفي «المنح» إشكال وجواب، إن شئتَ فارجع[١].

وفي «الهداية»: بخلاف ما: إذا اشتركا في الاحتطاب: حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند **محمد**؛ لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الحط[٢].

وعند **أبي يوسف**: لا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك؛ لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك.

هذا إذا احتطب أحدهما وجمَع الآخر، وأما إذا احتطبَا جميعا: فهما شريكان على السواء كما في «النهاية» و«العناية»[٣].

وفي «التنوير»: إذا استأجره ليصيد له أو يحتطب؛ فإن وقَّت: جاز، وإلا: لا إلا إذا عيَّن الحطب وهو ملكُه[٤].

(**وإن استَأْجَره ليَخبِز له اليوم قفيزًا بدرهمٍ: فَسَدَ**) العقد عند **الإمام**؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لذِكره فيه أمرين يحتمل كلٌّ منهما أن يكون معقودا عليه: العملُ والوقتُ، فالعملُ ينفع المستأجر؛ لأنه لا يعطي الأجر [إلى المؤجر][٥] إلا بعد تمام العمل، والوقتُ ينفع الأجير؛ لأنه يستحق الأجر بمضي المدة؛ سواء عمل أو لم يعمل، ولا رجحان في أحدهما، فيؤدي إلى النزاع، ولو كان المعقود عليه كليهما: يلزم أن يعمل مستغرقا لهذا اليوم، فذلك مما لا يقدر عليه أحد عادة.

(**خلافا لهما**) أي: **قالا**: هذه جائزة، ويكون العقد على العمل دون اليوم، حتى إذا فرغ منه نصف النهار: فله الأجر كاملا، وإن لم يفرغه في اليوم: فعليه أن يعمل في الغد؛ لأن المعقود عليه هو العمل، وذكرُ اليوم للتعجيل.

(**ولو قال: «في اليوم»**) بكلمة «في»: (**صحَّ اتفاقًا**)؛ لأن كلمة «في» للظرف، لا لتقدير

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٢٧/ب).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٤٠).

(٣) «العناية» للبابرتي (٩/١١٠)، و«النهاية» للسغناقي (٢/٢٨٠).

(٤) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٩).

(٥) ليست في الأصل، ر، الزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٠).

وإن استَأْجَر أرضًا على أن يَكرُبها ويَزرَعها أو يَسقِيَها ويَزرَعها: صحَّ، وعلى أن يُثَنِّيها أو يُكرِيَ نهرَها أو يُسَرقِنَها: لا يصحُّ. وكذا الاستئجارُ للزراعةِ بزراعة، ....

المدة، فلا يقتضي الاستغراق، فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم، بخلاف ما إذا حذفت «في»: فإنه يقتضي الاستغراق.

ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم: يجوز بالإجماع.

(**وإن استَأْجَر أرضًا على أن يَكرُبها**[١]) -من «كَرَب الأرضَ» إذا أصلحها بالمِخراث، من باب «نصر»[١٥١/ب]- (**ويَزرَعها أو**) استأجرها على أن (**يَسقِيَها ويَزرَعها: صحَّ**) الإيجار؛ لكونه شرطا يقتضيه العقد؛ لأن الزراعة لا تتأتَّى إلا بالكراب والسقي.

(**و**) إن استأجرها (**على أن يُثَنِّيها**) إن[٢] كان المراد بـ«التثنية» أن يردَّ الأرض مكروبة: تفسد الإجارة؛ لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، وسببُ الفساد بقاء النفع لرب الأرض، فتوجد صفقتان في صفقة وهي منهي عنها[٣]، وإن كان المراد كربَ الأرض مرتين، وكانت الأرض تخرج الزرع بكربها مرة، والمدة سنة واحدة: تفسد الإجارة أيضا؛ لِما مرَّ، وإن كانت تخرجه بكربها مرتين: لا تفسد؛ لعدم بقاء أثر التثنية، وكذا لا تفسد إن كانت المدة في هذه الصورة سنتين أو أكثر؛ لعدم منفعة التثنية، (**أو**) استأجرها على أن (**يُكرِيَ**[٤] **نهرَها**) أي: يَحفِر أنهارها العِظام: تفسد الإجارة؛ لبقاء منفعته في العام القابل، بخلاف الجداول كما في «التبيين»[٥]، (**أو**) على أن (**يُسَرقِنَها**) أي: يجعل السِّرقين عليها -وهو: الزِّبل، وهو معرَّب، ويقال له: «السرجين»[٦]-: تفسد الإجارة؛ لبقاء الأثر بعد الانقضاء إلا إذا كان الريع لا يخرج إلا بالسرقنة أو كانت المدة طويلة: (**لا يصحُّ**) الإيجار في الكل؛ لِما قرَّرناه آنفا.

(**وكذا**) لا يصح (**الاستئجارُ للزراعةِ**) أي: لزراعة الأرض (**بزراعة**) أرضٍ أخرى بأن

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يكريها».

(٢) في الأصل، ر: «أي: إن»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٤١/٢).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في الأصل: «على (أن يكري)»، وفي بقية النسخ: «(على أن يكري)»، والمثبت من ر، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٤١/٢).

(٥) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٣١/٥).

(٦) في الأصل، ر: «السرعين»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٤١/٢).

وللركوبِ بركوب، وللسكنى بسكنى، ولِلُّبس بلُبس.

وإن استَأْجَر شريكَه أو حمارَه لحملِ طعامٍ هو لهما: لا يَلزَم الأجر كراهنٍ استَأْجَر الرهنَ من المُرتهِن.

جُعلت زراعة الأرض الأخرى أجرة لها، (وللركوبِ) أي: لا يصح استئجار دابةٍ ليركبها (بركوب) دابةٍ أخرى ليركبها الآخر بمقابلتها، (وللسكنى) أي: لا يصح استئجار دارٍ ليسكنها (بسكنى) دارٍ أخرى ليسكنها الآخر بمقابلتها، (ولِلُّبس) أي: لا يصح استئجار ثوبٍ ليلبسه (بلُبس) ثوبٍ آخر ليلبسه الآخر بمقابلته، ويكون من قبيل بيع الشيء بجنسه نسيئةً، وذا لا يجوز.

خلافا للأئمة الثلاثة[١].

وفي «الدرر»: كلامٌ، إن شئت: فطالِعْ[٢].

ثم لو استوفى أحدُهما المنفعة عند اتِّحاد الجنس: فله أجر المثل في ظاهر الرواية، وذكر الكرخي عن **أبي يوسف**: أنه لا شيء عليه.

(وإن استَأْجَر شريكَه أو حمارَه) أي: حمار شريكه (لحملِ طعامٍ هو) [أي:][٣] الطعام (لهما: لا يَلزَم الأجر) الذي سمَّاه، ولا أجرُ المثل؛ لأنه لا يَعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه، فلا يستحق الأجر.

وعند **الأئمة الثلاثة**: تجوز هذه الإجارة، ويجب المسمى؛ لأنه أوفى المشروط عنه[٤].

(كراهنٍ استَأْجَر الرهنَ من المُرتهِن) أي: كما لا يجوز للراهن استئجار الرهن من المرتهن؛ لأن الرهن ملك الراهن، والمرتهن ليس بمالك[٥] حتى يؤجره منه.

وفي «المنح»: لو استأجر حمَّاما، فدخل الآجِر مع بعض أصدقائه الحمامَ: فإنه لا تجب الأجرة؛ لأنه يستردُّ بعضَ المعقود عليه، وهو منفعة الحمام في المدة، ولا يسقط شيء من الأجرة؛ لأنه ليس بمعلوم[٦].

---

(١) «بحر المذهب» للروياني (١٨١/٧)، و«المعونة» للثعلبي (١٠٨٨).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٣٥).

(٣) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٤١).

(٤) «روضة الطالبين» للنووي (٥/١٧٧)، و«الكافي» لابن قدامة (٢/١٦٠).

(٥) في الأصل: «بملك»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٤١).

(٦) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٢٨/ب).

وإن استَأْجَر أرضًا، ولم يَذكُر أنه يَزرَعها أو لم يُبيِّن ما يَزرَعها: لا يصحُّ إن لم يُعمِّم. فإن زَرَعَها ومَضَى الأجل: عادَ صحيحا، وله المُسمَّى.

وإن استَأْجَر حمارًا إلى مكّة، ولم يَذكُر ما يَحمِل عليه، فحَمَلَ المعتادَ، فنَفَقَ: لا يَضمَن،

(وإن استَأْجَر) رجل (أرضًا، ولم يَذكُر أنه يَزرَعها، أو لم يُبيِّن ما يَزرَعها: لا يصحُّ) العقد؛ لأن استئجار الأرض غير مختص للزراعة، وكذا ما يزرع فيها مختلف، فبعضُه أقل ضررا بها من بعض، فلا بد من التسمية عند العقد، وإلا: لا يُعلَم المعقود عليه، فيُفضي إلى الفساد، هذا (إن لم يُعمِّم) المؤجر، أما إن عمَّم بأن يقول: «على أن تزرع ما شئت»: فحينئذ يصح؛ لوجود الإذن منه.

(فإن زَرَعَها) بلا ذكر الزراعة أو ما يزرع فيها، (ومَضَى الأجل: عادَ) العقد[1] (صحيحا، وله) أي: للمؤجر (المُسمَّى) من الأجرة استحسانا؛ لارتفاع الجهالة وانقطاعِ المنازعة، فينقلب جائزا كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه.

وفي القياس: لا يعود، وهو قول زفر؛ لأنه وقع فاسدا، فلا ينقلب[2] جائزا، فيلزم أجر المثل كما في أكثر الكتب[3].

وما في «المنح» من أنه: «وعند محمد: لا يعود صحيحا، وهو القياس»[4][١٥٢/أ] مخالف لأكثر الكتب، تدبَّر.

(وإن استَأْجَر حمارًا إلى مكّة، ولم يَذكُر ما يَحمِل عليه، فحَمَلَ المعتادَ) أي: ما يحمل الناس على مثله، (فنَفَقَ) أي: هلَك في الطريق: (لا يَضمَن) المستأجر؛ لأن العين المستأجر أمانة في يد المستأجر، وإن كانت [الإجارة][5] فاسدة.

هذا إذا لم يتعدَّ، فإذا تعدَّى: ضَمِن، ولا أجر عليه.

(وإن بَلَغَ) الحمار مع الحمل (مكّة) -شرَّفها الله تعالى-: (فله) أي: للآجر (المُسمَّى) من الأجرة عند العقد استحسانا؛ لأن الفساد كان للجهالة، فإذا حمل عليه شيئا يحمل على

---

(١) في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، ح، ن، غ، والمطبوع (٥٤١/٢).

(٢) في الأصل، ر: «فلما انقلب»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٤١/٢).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٢٤١/٣)، و«العناية» للبابرتي (١١٢/٩)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢٣٤/٢).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢٢٨/٢/أ).

(٥) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٥٤١/٢).

وإن بَلَغَ مكّةَ: فله المُسمّى. وإن اختصَمَا قبْلَ الزرعِ والحملِ: نُقِضتِ الإجارةُ للفساد.

فصل: ....

مثله[١]: تعين ذلك، فانقلب صحيحا.

وفي «البزازية»[٢]: تكارى[٣] دابة إلى فارس: فالإجارة فاسدة؛ لأن فارس وخراسان وخَوارزم وشام وفَرْغانة وسُغْد وما وراء النهر وهِند والخُطاي والدَّشْت والروم واليمن اسمٌ للوِلاية، وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة وأُوزجَند اسم البلدة، وجعل شمس الأئمة بخارى اسمَ الوِلاية.

ففي كل موضعٍ هو اسم الولاية إذا بلغ الأدنى: له أجر المثل، لا يتجاوز عن المسمى، وفي كل موضع اسم البلد إذا وصل البلد: يلزم البلاغ إلى منزله[٤].

(**وإن اختصَمَا**) أي: المؤجر والمستأجر (**قبلَ الزرعِ**) في مسألة استئجار الأرض بلا ذكر الزرع، (و) قبل[٥] (**الحملِ**) في مسألة استئجار الحمار: (**نُقِضتِ الإجارةُ للفساد**)؛ لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسألة السابقة، وبالحمل في هذه، فلو اختصَمَا بعد الزرع أو الحمل: لا يقضي بنقض العقد؛ لعدم الإمكان، بل يبقى على ما كان.

فلا يندفع الفساد في المسألة السابقة إلا بمضي الأجل، أو بالبلوغ في المسألة الثانية.

ولو استأجر دابة، ثم جحَد الإجارة في بعض الطريق: وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب لما بعده، هذا عند **أبي يوسف**، وعند محمد: يجب الأجر كله.

وفي «التنوير»: إجارة المنفعة بالمنفعة تجوز إذا اختلَفَا، وإذا اتَّحدَا: لا[٦].

(فصل)
[في بيان أحكام الأجير وأنواعه]

لمَّا فرَغ من بيان أنواع الإجارة: شرَع في بيان أحكام بعد الإجارة، وهي: الضمان.

---

(١) في الأصل، ر، ن: «ثقله»، والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٤١).
(٢) في الأصل، ر، والمطبوع (٢/٥٤١): «البزازي»، والمثبت من بقية النسخ.
(٣) في الأصل، ر، ن: «يكاري»، والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٣١).
(٤) «الفتاوى البزازية» (١/٤٣٠).
(٥) في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٤١).
(٦) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٨٩).

«الأجيرُ المُشترَك»: من يَعمَل لغيرِ واحدٍ. ....

والأجيرُ نوعان؛ مشترك، وخاص، والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دَوْري[١].

[الأجير المشترك]

(**«الأجيرُ المُشترَك»: من يَعمَل لغيرِ واحدٍ**). معناه: أن لا يختص بواحد؛ عَمِل لغيره أو لم يَعمَل، ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد، بل إذا عمل لواحد أيضا فقط: فهو مشترك إذا كان لا يمتنع، ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره.

وفي «الغرر»: «الأجير المشترك»: من يعمل لا لواحد، أو يعمل له غير مؤقت أو مؤقتا بلا تخصيص.

وفي «القدوري»: «المشترك»: من لا يستحق الأجر حتى يعمل، و«الأجير الخاص»: هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل[٢].

وفي «التبيين»: هذا يؤول إلى الدور؛ لأن هذا حكمٌ لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك والخاص[٣].

وأجاب صاحب «العناية»: بأنه قد عُلِم مما سبق في «باب الأجر متى يستحق»: أن بعض الأُجَراء يستحق الأجرة بالعمل، فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف.

وقيل: قوله: «من لا يستحق الأجرة حتى يعمل» مفرد، والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين[٤]، وإذا انضمَّ إلى ذلك قوله: «كالصباغ والقصار»: جاز أن يكون تعريفا بالمثال، وهو الصحيح، لكن قوله: «لأن المعقود ...» ينافي ذلك؛ لأن التعليل على التعريف غير صحيح، وفي كونه: «مفردا لا يصح التعريف به» نظر، والحق أن يقال: إنه من

---

(١) قال مولى سعدي (٧/٢٠٠): يعني: لو قُدِّم الخاص: لتوجَّه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا؛ لأن لتقديم كل منهما وجها؛ أما المشترك: فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه، وأما الخاص: فلأنه بمنزلة المفرد من المركب، لكن تقديم المشترك هنا لأن الباب ضمان الأجير، وذلك في المشتلاك، فتأمَّل. (داماد، منه).

(٢) «مختصر القدوري» (٦/١٤٥-١٥٥).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٣٤).

(٤) في الأصل، ر: «المتحققين»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٢).

ولا يَستحِقُّ الأجرَ حتى يَعمَل كالصبّاغ والقصّار.

والمتاعُ في يده أمانةٌ لا يَضمَن إن هَلَكَ وإن شُرِطَ ضمانُه، به يُفتَى. ....

التعريفات اللفظية، وتمامه فيه[١]، فليطالع.

قال الزيلعي: والأوجه أن يقال: «الأجير المشترك»: من يكون عقده واردا على عملٍ معلومٍ ببيان محله ليَسلم عن النقض، و«الأجير الخاص»: الذي يكون عقده واردا على منافعه، ولا تصير معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة، وتمامه فيه[٢]، فليراجع.

(**ولا يَستحِقُّ**)[٣] الأجير المشترك (**الأجرَ حتى يَعمَل كالصبّاغ والقصّار**)[٤] ونحوهما[١٥٢/ب]؛ لأن الإجارة عقد معاوضة، فتقتضي المساواة بين المعوضين، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر -وهو: العمل-: لا يسلم للأجير العوض -وهو: الأجر-.

(**والمتاعُ في يده**) أي: في يد الأجير (**أمانةٌ لا يَضمَن إن هَلَكَ**) المتاع من غير فعله عند **الإمام**، وهو قول **زفر** وحسن بن زياد قياسا؛ سواء هلك بأمرٍ يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب، أو لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو المكابر؛ لأن العين أمانة في يده لحصول القبض بإذنه، فلا يكون الحفظ مقصودا بالذات، ولذا لا يقابله الأجر؛ لأن الأجر في الإجارة بمقابلة العمل أو الوصف، بخلاف المودَع بأجر؛ لأن حفظه مقصود حتى يقابله الأجر، (**وإن**) -وصلية- (**شُرِطَ**) عليه (**ضمانُه**)؛ لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقد، (**به**) أي: بعدم الضمان (**يُفتَى**).

وفي «الخانية»: والفتوى على قول **الإمام**[٥].

وفي «المنح»: وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات، وبه جزم أصحاب المتون[٦]، وكان هو المذهب.

---

(١) «العناية» للبابرتي (١٢١/٩).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٣٣/٥).

(٣) ليست في الأصل ما يشير إلى أنها من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٤٢).

(٤) ليست في الأصل ما يشير إلى أنها من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٥٤٢).

(٥) «الخانية» لقاضي خان (٢٤٨/٢).

(٦) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢٣٠/٢/أ)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (١٣٤/٥)، و«الوقاية» لبرهان الشريعة =

وعندهما: يَضمَن إن أَمكَنَ التحرُّز منه كالغصبِ والسرقةِ، بخلاف ما لا يُمكِن كالموتِ والحريقِ الغالبِ والعدوِّ المُكابرِ.

ويَضمَن ما تَلِفَ بعملِه اتفاقًا كتخريقِ الثوبِ من دِقِّه وزَلَقِ الحمَّال وانقطاعِ الحبلِ الذي يَشُدُّ به المُكارِي وغرَقِ السفينةِ من مَدِّها، ....

(**وعندهما**) وعند[١] **مالك والشافعي في قول**[٢]: (**يَضمَن إن أَمكَنَ التحرُّز منه**) أي: من الهلاك (**كالغصبِ والسرقةِ، بخلاف ما لا يُمكِن**) التحرُّز عنه (**كالموتِ**) حتف أنفه (**والحريقِ الغالبِ والعدوِّ المُكابرِ**)؛ لكونه سببا لصيانة أموال الناس.

وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة؛ لاختلاف الصحابة والأئمة، وعلى هذا حكم الولاة والقضاة؛ عملا بالقولين.

وفي «شرح المجمع» نقلا عن «المحيط»: الخلاف فيما إذا كانت الإجارة صحيحة، وإن فاسدة: لا يضمن اتفاقا[٣].

(**ويَضمَن ما**) أي: الذي (**تَلِفَ بعملِه**) أي: بعمل الأجير المشترك (**اتفاقًا كتخريقِ الثوبِ من دِقِّه**) أي: دق القصار، (**وزَلَقِ الحمَّال**) إذا لم يكن من مزاحمة الناس كما في «الإصلاح»[٤]؛ فإن التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبيتَ في المشي، (**وانقطاعِ الحبلِ الذي يَشُدُّ به المُكارِي**) الحِمْل؛ فإن التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق في شد الحبل، (**وغرَقِ السفينةِ من مَدِّها**).

وفيه إشارة إلى أن السفينة لو غَرِقت من موج أو ريح أو نحوهما: لم يضمن كما في «القهستاني»[٥].

وقال زفر والشافعي: لا يضمن؛ لأنه مأمور بالعمل مطلقا، وأنه ينتظم السليم والمعيب[٦].

- (ص: ١٤٣)، و«كنز الدقائق» للنسفي (ص: ٥٥٣)، و«الهداية» للمرغيناني (٣/٢٤٢).
(١) في الأصل، ر: «أي: وعند»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٢).
(٢) «عقد الجواهر» للجذامي (٣/٩٣٧)، و«المهذب» للشيرازي (٢/٢٦٧).
(٣) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٣٤٩).
(٤) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٣١٥).
(٥) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٧٧).
(٦) «حلية العلماء» للقفال (٥/٤٤٧).

لكن لا يَضمَن به الآدميَّ ممَّن غَرِقَ في السفينة أو سَقَطَ من الدابَّة.

ولا يَضمَن فصَّادٌ ولا بزَّاغٌ لم يُجاوِزِ المعتادَ.

ولنا: أن المقصود هو المصلِح دون المفسِد، فكان هو المأذون فيه دون غيره.

وفي «شرح الوقاية» لصدر الشريعة: ينبغي أن يكون المراد بقوله: «ما تلف [بعمله][1]» عملا جاوز فيه القدر المعتاد على ما يأتي في الحجام، أو عملا لا يُعتاد فيه المقدار المعلوم[2].

لكن ما في «المنح» نقلا عن «العمادية» مخالف؛ لأنه قال: وإن هلك بفعله بأن تخرق[3] بدقه أو عصره: يضمن عندنا، بخلاف البَزَّاغ والحجَّام؛ فإن البزاغ ونحوه لا يضمن ما هلك بفعله إذا لم يجاوز المعتاد، ومفادُه: أن الأجير المشترك يضمن ما هلك بفعله؛ جاوز المعتاد، أو لا[4]، تدبَّرْ.

(**لكن لا يَضمَن به**) أي: بغرق السفينة (**الآدميَّ**) من مدها (**[ممَّن غَرِقَ في السفينة][5] أو سَقَطَ من الدابَّة**) وإن كان بسَوقه[6] أو قَوده؛ لأن ضمان الآدمي لا يجب بالعقد بل بالجناية، وما يجب بها: يجب على العاقلة، والعاقلةُ لا يتحمل ضمان القود، وهذا ليس بجناية؛ لكونه مأذونا فيه.

قيل: هذا إذا كان ممن يَستمسِك على الدابة ويركب وحده، وإلا: فهو كالمتاع.

والصحيح أنه لا فرق.

(**ولا يَضمَن فصَّادٌ ولا بزَّاغٌ لم يُجاوِزِ المعتادَ**)؛ فإنه لا يجب الضمان إذا سَرَى[7] إلى النفس؛ لأنه ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد؛ لأن ذلك غير مأذون فيه، فيضمن الزائد.

هذا كله إذا لم يهلك، وإن هلك: يضمن نصف الدية، حتى: أن الختان لو قطع

---

(١) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٢).

(٢) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٤/٢٨٩).

(٣) في الأصل، ر: «الحرق»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٢).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٣٠/ب).

(٥) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٤٢).

(٦) في الأصل، ر: «سوقه»، وفي م، ح، غ: «وإن سوقه»، والمثبت من ن، والمطبوع (٢/٥٤٢).

(٧) في الأصل، ر: «برئ»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٢).

ولو انكَسَر دَنٌّ من طريق الفُراتِ: فللمالكِ أن يُضمِّنه قِيمتَه في مكانِ حَملِه ولا أجرَ له، أو في مكانِ كَسرِه وله الأجرُ بحسابه.

الحشفة، وبرئ المقطوع: تجب عليه دية كاملة؛ لأن الزائد هو الحشفة، وهو عضو كامل[١٥٣/أ]، فتجب عليه الدية كاملة، وإن مات: وجب عليه نصف الدية؛ لأن النفس تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه، فيضمن نصف الدية، وهو من أغرب المسائل حيث يجب الأكثرُ بالبرء والأقلُّ بالهلاك، وتفصيله في «المنح»[١]، فليطالع.

سئل صاحب «المحيط» عن فصَّادٍ جاء إلى غلام، وقال: «افصِدْ لي»، ففصَده فصْدا معتادا، فمات من ذلك السبب: قال: يضمن الفصَّاد قيمة العبد، ويكون على عاقلة الفصاد؛ لأنه[٢] خطأ، وكذلك الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد.

وسئل عن رجل فصَد نائما، وتركه حتى مات في سيلان الدم: قال: يجب عليه القصاص كما في «الفصول العمادية».

(**ولو انكَسَر دَنٌّ من طريق الفُراتِ**) -ذكَر «الفرات» للشهرة بالوفرة، والزيادة بلا فائدة-: (**فللمالكِ أن يُضمِّنه**) أي: الحمال (**قِيمتَه**) أي: قيمة الدن التي تقوم (**في مكانِ حَملِه ولا أجرَ له**[٣]**، أو**) ضمَّن قيمته (**في مكانِ كَسرِه وله**) أي: الحمال (**الأجرُ بحسابه**)؛ أما الضمان: فلأن السقوط بالعِثار أو بانقطاع حبل، وكلُّ ذلك من صنعه، وأما الخيار: فلأنه إذا انكسر في الطريق والحملُ شيء واحد: تبيَّن أنه وقع تعدِّيًا من الابتداء من هذا الوجه.

وله وجه آخر، وهو: [أن][٤] ابتداء الحمل حصل بإذنه، فلم يكن تعدِّيًا، وإنما صار تعديا عند الكسر، فيميل إلى أيِّ الوجهين شاء.

وفي الوجه الثاني: له الأجر بقدر ما استوفى، وفي الوجه الأول: لا أجر له؛ لأنه ما استوفى أصلا كما في «الهداية»[٥].

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٣٠/ب-٢٣١/أ).

(٢) في الأصل، ر: «ولاية»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٣).

(٣) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «له».

(٤) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٣).

(٥) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٤٣).

و«الأجيرُ الخاصُّ»: من يَعمَل لواحدٍ، ويُسمَّى: «أجيرَ وَحْدٍ». ويَستحِقُّ الأجرَ بتسليمِ نفسِه مدَّتَه كمَن استُؤجِر للخدمة سنةً أو لرَعْيِ الغنمِ.

[الأجير الخاص أو أجير وحدٍ]

(و) ثاني النوعين: («الأجيرُ الخاصُّ»)، وهو: (من يَعمَل لواحدٍ).

قيَّد صاحب «الدرر» بقوله: «عملا مؤقتا بالتخصيص»، وقال: وفوائد القيود عُرِفت مما سبق[1]، (ويُسمَّى: «أجيرَ وَحْدٍ») أيضا.

(ويَستحِقُّ) الأجير الخاص (الأجرَ بتسليمِ نفسِه) أي: الأجيرِ (مدَّتَه) أي: العقدِ؛ سواء عمل أو لم يعمل مع التمكن بالإجماع؛ (كمَن استُؤجِر للخدمة) الغير المعيَّنة (سنةً أو لرَعْيِ الغنمِ) لهذا المستأجر دون غيره؛ لأن العقد ورد على منافعه.

وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، وصار كما: لو باع عبدا من رجل: حيث لا يملك بيعه من آخر.

وفي «شرح الوافي»: واعلم أنه إن استأجره لرعي غنمه بدرهم شهرا: فهو أجير مشترك إلا أن يقول: «ولا يرعى غنم غيري»: فحينئذ يصير أجير وحدٍ، وإن استأجره لرعي غنمه شهرا بدرهم: فهو أجير وحدٍ إلا أن يقول: «ويرعى غنم غيري»[2].

وفي «الذخيرة»: ولو استأجره يوما لعمل في الصحراء، فمطرت السماء بعدما خرج الأجير إلى الصحراء: لا أجر له؛ لأن تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر، وبه كان يفتي المرغيناني كما في «الشمني»[3].

وفي «المنح»: وإن هلك في المدة نصف الغنم أو أكثر من النصف: فله الأجرة كاملة ما دام يرعى منها شيئا؛ لأن المعقود عليه هو تسليم نفسه وقد وجد، وليس للراعي أن ينزو على شيء منها بغير إذن صاحبها؛ لأن الإنزاء حملٌ عليها، فإن فعَل فعَطِبت: ضَمِن، وإن كان الفحل نزا عليها فعطبت: فلا ضمان عليه؛ لأنه بغير فعله كما في «الجوهرة».

وفي «العمادية»: ثم الراعي إذا كان أجير وحد، فماتت من الأغنام واحدة حتى لا

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٣٦).

(٢) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/٢٣٣/ب).

(٣) «فتاوى الذخيرة» لابن مازة (١٢/٦٥)، و«حاشية الوقاية» للشمني (٢٩١/أ-٢٩٢/ب).

ولا يَضمَن ما تَلِفَ في يده أو بعملِه.

يضمن: لا ينقص من الأجر بحسابها؛ لأن الغنم لو ماتت كلها: لا ينقص من الأجر شيء[(١)]، انتهى. وهو مخالف لقول «الجوهرة»: «ما دام يرعى منها شيئا» كما لا يخفى.

(ولا يَضمَن) الأجير الخاص (ما تَلِفَ في يده) بأن يسرق منه أو غاب أو غصب، (أو بعملِه)؛ لأن العين أمانة في يده بالاتفاق؛ لأنه لا يتقبل الأعمال الكثيرة من الناس، فلا يوجد العجز والتقصير في الحفظ، بخلاف الأجير المشترك المأذون كانكسار القدوم أو تخرُّق الثوب عند العمل إذا لم يتعمَّد الفساد؛ لأنه يتقبل الأعمال من الخلق طمعا في الأجر، فيعجز عن القيام، فيجب عليه الضمان **عندهما** استحسانا؛ لصيانة أموال الناس كما مرَّ.

وفي «المنح»:

* الراعي إذا خلَط الغنم بعضها ببعض[١٥٣/ب]؛ فإن كان يقدر على التميز: لا يضمن، ويكون القول قوله في تعيين الدواب: «أنها لفلان»، وإن كان خلطًا لا يمكن التمييز: يكون ضامنا قيمتها، والقول في مقدار القيمة قول الراعي، وتعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط.

* فإن دفع غنم رجل إلى غير صاحبها، فاستهلكها المدفوع إليه، وأقر الراعي بذلك: ضمن الراعي، ولا ضمان على المدفوع إليه، ولا يقبل قول الراعي على المدفوع إليه إن كان الراعي أقرَّ وقت الدفع أنها للمدفوع إليه.

* ولو ندَّت بقرة من الباقورة، فخاف البقَّار أنه لو تَبِعها يضيع الباقي: كان في سعة من أن لا يتبعها، ولا ضمان عليه **بالاتفاق** إن كان الراعي خاصًّا، وإن مشتركا: فكذلك عند **الإمام**، **وعندهما**: يضمن[(٢)].

وفي «التنوير»: استأجر حمارا، فضلَّ عن الطريق؛ إن عَلِم أنه لا يجده بعد الطلب: لا يضمن[(٣)].

وفي «الجواهر»:

* بقَّارٌ تركَ البُقور مع صبي لحفظهن، فهلكت بقرة وقت السقي بآفة؛ فإن كان للصبي قدرة الحفظ: لم يضمن، وإلا: يضمن.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٣١/ب)، و«الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (١/٢٦٥).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٣٢/أ).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٠).

وصحَّ ترديدُ الأجرِ بين نفعَيْن مختلفَيْن، وأيُّهما وُجِدَ: لَزِمَ ما سُمِّيَ له نحو: «إن خِطْتَه فارسيًّا: فبدرهمٍ، أو رُوميًّا: فبدرهمَيْن»، و«إن صبَغْتَه بعُصفُرٍ: فبدرهمٍ، وبزعفرانٍ: فبدرهمَيْن»، و«إن سكَنتَ في هذه: فبدرهمٍ في الشهر، أو في هذه: فبدرهمَيْن»، و«إن رَكِبتَها إلى الكوفة: فبدرهمٍ، أو إلى واسطَ: فبدرهمَيْن». ....

---

* ولو جاء البقار ليلا، وزعم أنه رد البقرة وأدخلها القرية، فطلبها صاحبُها ولم يجدها، ثم وجدها بعد أيام في قصر[1] الجبانة قد عطبت: قالوا: إن كان العرف فيما بينهم أن البقار يدخل البقور في القرية، ولم يطلبوا منه أن يدخل كل بقرة في منزل صاحبها: كان القول قول البقار مع يمينه أنه أدخل البقرة في القرية، ولا ضمان عليه.

(**وصحَّ ترديدُ الأجرِ**) أي: جعلُه متردِّدا (**بين نفعَيْن مختلفَيْن، وأيُّهما وُجِدَ: لَزِمَ ما سُمِّيَ له نحو**)[2] لو قال للخياط: («**إن خِطْتَه فارسيًّا: فبدرهمٍ، أو رُوميًّا: فبدرهمَيْن**»): فأيَّ عمل من هذين العملين عَمِل: يستحق المسمى هذا عند الكل؛ لأنه خيَّره بين عقدين صحيحين مختلفين، والأجر قد يجب بالعمل، وعند العمل يرفع الجهل.

وعند زفر، والأئمة الثلاثة: لا يجوز؛ لجهالة المعقود عليه للحالِّ[3].

(**و**) كذا لو قال للصبَّاغ: («**إن صبَغْتَه بعُصفُرٍ: فبدرهمٍ، وبزعفرانٍ: فبدرهمَيْن**») هذا عند الكل؛ لما مرَّ، (**و**) كذا لو قال للمستأجر: («**إن سكَنتَ في هذه**) الدار: (**فبدرهمٍ في الشهر، أو**) إن سكنتَ (**في**[4] **هذه**) الدار: (**فبدرهمَيْن**»).

(**و**) كذا[5] لو قال: («**إن رَكِبتَها إلى الكوفة: فبدرهمٍ، أو**) إن ركبتها (**إلى واسطَ: فبدرهمَيْن**»).

قيل: فيه احتمال الخلاف؛ لأن هذه المسألة ذُكِرت في «الجامع الصغير» مطلقا، فيحتمل أن يكون قول الكل أو قول الإمام خاصة.

---

(١) هكذا في الأصل، ر، ن، وفي م، ح، غ: «قعر»، وفي المطبوع: «قرى» (٢/٥٤٣).

(٢) في الأصل، ر، ح، م، غ: «(له نحو)»، وفي المطبوع (٢/٢/٥٤٣): «(له نحو لو قال)» والمثبت من ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) «البيان» للعمراني (٧/٣٩٠)، و«الإنصاف» للمرداوي (٦/١٩)، و«التهذيب» لابن البراذعي (٣/٣٤٦).

(٤) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «في».

(٥) في الأصل، ر، ح: «(وكذا)»، وفي م، والمطبوع (٢/٥٤٤): «وكذا»، والمثبت من ن، غ.

وكذا يصحُ لو رَدَّدَ بين ثلاثة، لا بين أربعة.

ولو قال: «إن خِطْتَه اليوم: فبدرهمٍ، أو غدًا: فبنصفِه»، فخاطَه اليوم: فله الدرهمُ، وإن خاطَه غدًا: فله أجرُ المثلِ لا يُجاوِز نصفَ درهمٍ. ....

(**وكذا يصحُ لو رَدَّدَ بين ثلاثة**) أشياء بأن قال: «إن خِطتَه فارسيًا أو روميًا أو تركيًا»، (**لا**) يصحُ (**بين أربعة**) أشياء[1] كما في البيع، والجامعُ دفع الحاجة غير أنه يشترط خيار التعيين في البيع دون الإجارة؛ لأن الأجرة إنما تجب بالعمل، وإذا وُجِد: يصير المعقود عليه معلوما، بخلاف البيع؛ فإن الثمن يجب بنفس العقد، والمبيعُ مجهول.

(**ولو قال**) للخياط: («**إن خِطْتَه اليوم: فبدرهمٍ، أو**) إن خطته (**غدًا: فبنصفِه**»، **فخاطَه اليوم: فله الدرهمُ، وإن خاطَه غدًا: فله أجرُ المثلِ**)، لكن (**لا يُجاوِز**) أجرُ المثل (**نصفَ درهمٍ**)؛ لأنه هو المسمى في اليوم الثاني.

قال القدوري: هي الصحيحة[2].

وفي «الجامع الصغير»: لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم[3].

هذا عند **الإمام**؛ لأن ذكر «اليوم» للتعجيل دون التوقيت، ويدل عليه هنا نقص الأجر لو أخَّر الفعل إلى الغد، فتبقى في اليوم الثاني تسميتان؛ إحداهما: درهم، والأخرى: نصف[4][١٥٤/أ]، والتسميتان في عقد واحد مُفسِدة، فوجب أجر المثل؛ كما لو قال: «خِطْه اليوم بدرهم أو نصفه»: فلا يكون ذكر «اليوم» للتأقيت؛ إذ لو كان للتأقيت يَفسد العقدان؛ لاجتماع الوقت والعمل، فيصير أجيرا مشتركا وأجيرا خاصا، وأنه لا يجوز.

وكذا لا يكون ذكر «الغد» للترفيهِ، بل يكون للتعليق، فيجوز في الأول دون الثاني على ما مرَّ.

وفي أكثر الكتب: ولو خاطه بعد غدٍ: فالصحيح: أنه لا يجاوز به نصف درهم عند **الإمام**، وأما **عندهما**: فالصحيح: أنه ينقص من نصف درهم، ولا يزاد عليه[5].

---

(١) في الأصل، ح، والمطبوع (٥٤٤/٢): «أربعة أشياء»، والمثبت من ر، ن، غ.

(٢) «مختصر القدوري» (١٥٦/٦).

(٣) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ٢١٧).

(٤) في الأصل، ر: «نصف نصف»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٤٤/٢).

(٥) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٤٠/٥)، و«العناية» للبابرتي (١٣١/٩)، و«البناية» للعيني (٣٢٥/١٠).

وقالا: الشرطان جائزان.

ولو قال: «إن سكَّنتَ هذا الحانوت عطَّارا: فبدرهمٍ، أو حدَّادا: فبدرهمَيْن»: جاز، خلافا لهما. وكذا الخلاف لو قال: «إن ذهَبتَ بهذه الدابة إلى الحِيرة: فبدرهمٍ، وإن جاوَزتَها إلى القادسية: فبدرهمَيْن» ....

(**وقالا: الشرطان جائزان**)، حتى: إذا خاطه اليوم: فله درهم، وإذا خاطه غدا: فله نصف درهم؛ لأن ذكرَ «اليوم» للتأقيت وذكرَ «الغد» للتعليق، فوُجِدت في كل واحد من وقتين التسميةُ مقصودةً، فصارا عقدين كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية.

وعند زفر: الشرطان فاسدان، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[1]؛ لأن ذكر «اليوم» للتعجيل ذكر «الغد» للترفيه والتوسيع، فيجتمع في كل يوم تسميتان.

(**ولو قال: «إن سكَّنتَ**) -بالتشديد من باب «التفعيل»، ويجوز أن يكون: «سكَنتَ» بالتخفيف من الثلاثي، فعلى هذا يكون قوله: «عطَّارا أو حدَّادا» حالا، ويكون المعنى: «إن سكنت هذا الحانوت حال كونك عطَّارا، أو حال كونك حدادا- (**هذا الحانوت عطَّارا: فبدرهمٍ، أو**) إن سكنت (**حدَّادا: فبدرهمَيْن**»: **جاز**) عند **الإمام**؛ لأنه خيَّره بين عقدين صحيحين مختلفين، والجهالةُ في العمل ترتفع عند المباشرة.

(**خلافا لهما**) أي: **قالا**: لا يجوز؛ لأن المعقود عليه واحد والأجران مختلفان، ولا يدري أيهما يجب، فلا يجوز، وبه قال زفر، **والأئمة الثلاثة**[2].

(**وكذا الخلاف**) بين الإمام وصاحبيه: (**لو قال: «إن ذهَبتَ بهذه الدابة**) -الباء للتعدية- (**إلى الحِيرة: فبدرهمٍ، وإن جاوَزتَها**) أي: الحيرة منتهيا (**إلى القادسية: فبدرهمَيْن**»)، **أو قال**: «**إن حمَلتَ عليها إلى الحِيرة كُرَّ شعيرٍ: فبدرهمٍ، وإن حمَلتَ كُرَّ بُرٍّ: فبدرهمَيْن**»): فالعقد جائز فيهما عند **الإمام**؛ لِما مرَّ: أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين كما في مسألة الخياطة الرومية والفارسية.

وعندهما: لا يجوز، وبه قال زفر و**الأئمة الثلاثة**[3]؛ لأن المعقود عليه وكذا الأجر أحد

---

(١) «العزيز شرح الوجيز» للرافعي (٦/٨٥)، و«التهذيب» لابن البراذعي (٣/٣٤٦)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (١٤/٢٩٧).

(٢) «العزيز شرح الوجيز» للرافعي (٦/٨٥)، و«التهذيب» لابن البراذعي (٣/٣٤٦)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (١٤/٢٩٧).

(٣) «العزيز شرح الوجيز» للرافعي (٦/٨٥)، و«التهذيب» لابن البراذعي (٣/٣٤٦)، و«الشرح الكبير» =

أو قال: «إن حمَلتَ عليها إلى الحِيرة كُرَّ شعيرٍ: فبدرهمٍ، وإن حمَلتَ كُرَّ بُرٍّ: فبدرهمَيْن».

ولا يُسافِر بعبدٍ استَأْجَره للخدمة بلا اشتراطه. ولو استَأْجَر عبدًا محجورًا، فعَمِلَ وأَخَذَ الأجر: لا يَستَرِدُّه منه.

الشيئين وهو مجهول، والجهالة توجب الفساد.

(ولا)[1] يجوز أن (يُسافِر) المستأجر (بعبدٍ استَأْجَره للخدمة بلا اشتراطه) أي: بلا اشتراط السفر؛ لأن في خدمة السفر زيادةَ مشقةٍ، فلا ينتظمها الإطلاق، وعليه عرف الناس، فانصرف إلى الحضر، بخلاف العبد الموصى بخدمته: حيث لا يتقيد الحضر؛ لأن مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه، إلا إذا شرَط ذلك أو كان وقت الإجارة متهيِّئا للسفر، وعرف بذلك: فيجوز.

ولو سافر المستأجِر بالعبد المستأجَر: ضمن قيمته لمالكه إذا هلك؛ لأنه صار غاصبا، ولا أجر عليه وإن سلم؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.

(ولو استَأْجَر عبدًا محجورًا، فعَمِلَ)[2] العبد، (وأَخَذَ الأجر: لا يَستَرِدُّه منه) أي: لا يسترد[3] المستأجر ما دفعه إليه؛ لِعَمَله من العبد المحجور؛ لأن هذه الإجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا[١٥٤/ب]؛ لأن الفساد لرعاية حق المولى، فبعد الفراغ رعاية حقه في الصحة ووجوب الأجر له.

والقياس: أن يستردَّه؛ لانعدام إذن المولى وقيام الحَجْر، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[4].

وفي «شرح الكنز» للعيني: وعليه أجر المثل، وكذا الحكم في الصبي المحجور عليه؛ إذا آجَر نفسه: فالأجر له، ولو أعتقه المولى في نصف المدة: نفذت الإجارة، ولا خيار للعبد، فأجرُ ما مضى للسيد وأجرُ ما يستقبل للعبد، وإن آجَره المولى، ثم أعتقه في نصف المدة: فللعبد الخيار؛ فإن فَسَخ الإجارة: فأجر ما مضى للمولى، وإن أجاز[5]: فأجر ما

- لابن قدامة (١٤/٢٩٧).

(١) في الأصل، ر: «(و) لا»، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٤٤).

(٢) في الأصل: «(محجورا)، فعمل»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٤٤).

(٣) في الأصل، ر: «لا يسترده»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٤).

(٤) «التنبيه» للشيرازي (ص: ١٢١).

(٥) في الأصل، ر: «أجار»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٤).

ولو آجَرَ العبدُ المغصوبُ نفسَه، فأَكَلَ غاصبُه أجرَه: لا يَضمَنه، خلافا لهما.
وما وَجَدَه سيِّدُه أَخَذَه. وقبضُ العبدِ أجرَه صحيحٌ.
ولو آجَرَ عبدَه هذَيْن الشهرَيْن شهرًا بأربعة وشهرًا بخمسة: صحَّ، والأولُ بأربعةٍ.

يستقبل للعبد والقبض للمولى، وإذا هلك العبد المحجور في حالة الاستعمال: تجب عليه قيمته، ولا يجب عليه الأجر[1].

(**ولو آجَرَ العبدُ المغصوبُ نفسَه**) لآخر، (**فأَكَلَ غاصبُه**) أي: العبد (**أجرَه**[2]: **لا يَضمَنه**) أي: لا يضمن الغاصب ما أخذ الأجر[3] من يد العبد فأتلَفَه عند **الإمام**؛ لأن الضمان إنما يجب بإتلاف مالٍ محرَزٍ؛ لأن التقوُّم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب؛ لأن العبد لا يُحرِز نفسه فكيف يحرز ما في يده؛ كما: لو آجَره الغاصب، فأخذ أجره، فأتلف: حيث لا ضمان عليه **بالاتفاق** قبل رده على المغصوب منه، أو تصدقه أولى؛ لتطرُّق خبث فيه.

(**خلافا لهما**) أي: **قالا**: يضمن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه؛ لأن الإجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على ما مرَّ، فيكون الأجر راجعا إلى مولاه.

(**وما وَجَدَه**) من الأجر[4] (**سيِّدُه**) في يد العبد وغيره: (**[أَخَذَه]**[5]) **بالاتفاق**؛ لأنه عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوُّم بطلانُ الملك. (**وقبضُ العبدِ أجرَه**) من المستأجر (**صحيحٌ**) **بالإجماع**؛ لأنه المباشر للعقد، فيخرج المستأجر عن عهدة الأجرة بالأداء إلى العبد.

(**ولو آجَرَ**) رجل (**عبدَه هذَيْن الشهرَيْن**)؛ آجَر (**شهرًا بأربعة**) دراهم، (**وشهرًا بخمسة**) دراهم من غير تعيينٍ منهما: (**صحَّ**) العقد على الترتيب المذكور، (**والأولُ [بأربعةٍ]**)[6]

---

(١) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٨٤).

(٢) ليست في الأصل، ر، والمطبوع (٢/٥٤٤) من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ن ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) في الأصل، ر: «الآخر»، وفي المطبوع (٢/٥٤٤): «من الأجر»، والمثبت من بقية النسخ.

(٤) في الأصل، ر: «الآخر»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٥).

(٥) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، ولكن في م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٤٥): «(سيده أخذه)»، وفي ن: «(سيده)...بالاتفاق (أخذه)؛ لأنه»، والمثبت من ر.

(٦) ليست في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى» لفظة: «والأول»، وليست فيه لفظة: «بأربعة»، وفي المطبوع (٢/٥٤٥): «(والأول بأربعة)؛ لأنه لما قال: شهرا بأربعة ينصرف»، والمثبت من ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

ولو استأْجَر عبدًا، فأَبَقَ أو مَرِضَ، فادَّعى وجودَه أولَ المدَّةِ والمولى وجودَه قُبَيلَ الإخبارِ بساعةٍ: حُكِّمَ الحال؛ فإن كان حاضرًا أو صحيحًا: صُدِّقَ المولى، وإلا: فالمُستأجِر. وكذا الاختلافُ في انقطاعِ ماءِ الرَّحَى وجرَيانِه.

ولو قال ربُّ الثوبِ: «أمَرتُك أن تَصبُغه أحمرَ، فصبَغتَه أصفرَ»، وقال الصانع: ....

ينصرف إلى ما يلي العقد؛ تحريا للجواز[1]، فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة.

(**ولو استأْجَر عبدًا، فأَبَقَ أو مَرِضَ**)، يعني: إذا استأجر عبدا شهرا بدرهم، فقبضه في أول الشهر، ثم جاء آخر الشهر والعبد مريضٌ أو آبقٌ، واختلفَا، (**فادَّعى**) المستأجر (**وجودَه**) أي: وجود المرض أو الإباق (**أولَ المدَّةِ** و) ادَّعى[2] (**المولى وجودَه قُبَيلَ الإخبارِ بساعةٍ: حُكِّمَ الحال**) أي: يجعل الحال حكَمًا بينهما، فيكون القولُ قولَ من يشهد له الحال مع يمينه؛ لأن القول في الدعاوى قولُ مَن يشهد له الظاهر، وعن هذا قال:

(**فإن كان**) العبد (**حاضرًا**) وقت الدعوى في صورة الإباق، (**أو صحيحًا**[3]) في صورة المرض: (**صُدِّقَ المولى**)، ويُحكَم بأنه ليس كذلك من أول المدة، فيجب الأجر، (**وإلا**) أي: وإن لم يكن حاضرا أو صحيحا وقت الدعوى: (**فالمُستأجِر**) أي: يُصدَّق المستأجر، ويُحكَم بأن مرض العبد أو إباقه من أول المدة.

(**وكذا الاختلافُ في انقطاعِ ماءِ الرَّحَى وجرَيانِه**) أي: وكذا لو قال المالك[١٥٥/أ]: «ماء الطاحونة كان جاريا في المدة»، وقال المستأجر: «لم يكن جاريا فيها»: فالقول للمالك إن كان جاريا، وإلا: فللمستأجر.

وفي «الخلاصة»: رجل استأجر رحى ماءٍ وبيتَها ومتاعَها مدة معلومة بأجرة معلومة، فانقطع الماء: سقط من الأجر بحسابه، وإن لم ينقض الإجارة حتى عاد الماء: لزمته الإجارة، وإن اختلفا في نفس الانقطاع: يُحكَّم الحال.

(**ولو قال ربُّ الثوبِ: «أمَرتُك أن تَصبُغه أحمرَ، فصبَغتَه أصفرَ»، وقال الصانع**[4]:

---

(١) في الأصل، ر: «للجوار»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٥٤٥/٢).

(٢) في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٥٤٥/٢).

(٣) في الأصل، ر، ح، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٤٥/٢): «وصحيحا»، وسقطت من م، والمثبت من ن.

(٤) في الأصل، ر، م، ح، غ: «الصابغ»، والمثبت من ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٤٥/٢).

«أمَرتَني بما صنَعتُ»: صُدِّقَ ربُّ الثوبِ. وكذا الاختلافُ في القميصِ والقَباءِ. فإن حَلَفَ: ضَمِنَ الصانع قيمةَ ثوبِه غير معمولٍ ولا أجرَ، أو أخَذَ الثوبَ وأعطاه أجرَ مثلِه ولا يُجاوِز به المُسمَّى.

وإن قال ربُّ الثوبِ: «عَمِلتَ لي بلا أجرٍ»، وقال الصانع: «بأجرٍ»: فالقولُ لربِّ الثوبِ. وعند أبي يوسف: للصانع إن كان حريفًا. ....

«أمَرتَني بما صنَعتُ»: صُدِّقَ ربُّ الثوبِ)؛ لأن الإذن يستفاد من قبل رب الثوب، فكان أعلم بكيفيته، فالقول قوله مع يمينه، ألا يرى لو أنكر الإذن بالكلية: كان القول قوله، فكذا إذا أنكر صفته.

(وكذا الاختلافُ في القميصِ والقَباءِ) بأن قال رب الثوب: «أمرتُك أن تعمله قباء»، قال الخياط: «قميصا»: فالقول لرب الثوب أيضا مع يمينه.

(فإن حَلَفَ) رب الثوب: (ضَمِنَ الصانع قيمةَ ثوبِه غير معمولٍ) أي: صاحب الثوب بعد الحلف مخيَّر؛ إن شاء: ضمَّنه قيمة الثوب غير معمول، (ولا أجرَ) له، (أو أخَذَ الثوبَ وأعطاه أجرَ مثلِه، ولا يُجاوِز به المُسمَّى) على ما بيَّنَّا من قبلُ.

وعن محمد: أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه؛ لأنه بمنزلة الغاصب.

وقال ابن أبي ليلى: القول قول الصباغ[1].

(وإن قال ربُّ الثوبِ: «عَمِلتَ لي بلا أجرٍ»، وقال الصانع[2]: «بأجرٍ»: فالقولُ لربِّ الثوبِ)؛ لأنه يُنكِر تقوُّم عمل الصانع[3]؛ لأنه يتقوَّم بالعقد، ولأنه ينكر الضمان، والصانع يدَّعيه، فالقول قول المنكر مع يمينه عند الإمام في القياس.

وعند الشافعي في قول وأحمد: القول للصانع[4].

(وعند أبي يوسف): القول (للصانع إن كان حريفًا) أي: معاملا له بأن سبق بينهما أخذٌ وإعطاءٌ يلزم له الأجر؛ لأن ما سبق من المعاملة يدل على أنه يعمل بأجر، فقام ذلك مقام

---

(١) «المبسوط» للسرخسي (١٥/٩٣).

(٢) في الأصل: «الصابغ»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٤٥).

(٣) في الأصل: «الصابغ»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٤٥).

(٤) «الحاوي الكبير» للماوردي (٧/١٩٧).

وعند محمد: للصانع إن كان معروفًا بعملِه بالأجر.

باب فسخ الإجارة: تُفسَخ بعيبٍ فَوَّتَ النفعَ كخرابِ الدارِ وانقطاعِ ماءِ الأرضِ أو الرَّحَى، ....

الاشتراط في الاستحسان.

(وعند محمد): القول[١] (للصانع إن كان معروفًا بعملِه بالأجر)؛ لأنه فتَح الحانوت لأجل الأجر جرَى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر في الاستحسان.

فجواب الإمام عن استحسانهما: أن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، وهنا نحتاج إلى استحقاق الأجر.

والفتوى على قول محمد كما في «التبيين» وغيره[٢].

(باب فسخ الإجارة)

وجهُ التأخير عما قبله ظاهرٌ؛ إذ الفسخ يعقب العقد لا محالة.

(تُفسَخ) الإجارة (بعيبٍ فَوَّتَ) -صفة: «عيبٍ»- (النفعَ كخرابِ الدارِ وانقطاعِ ماءِ الأرضِ أو) ماء (الرَّحَى)؛ فإن كلا منها يُفوِّت النفع، فيثبت خيار الفسخ.

وفي «الهداية»: ومن أصحابنا من قال: بأن العقد لا ينفسخ؛ لأن المنافع فاتت على وجهٍ يُتصوَّر عودُها، فأشبه الإباق في العبد.

وعن محمد: أن الآجِر لو بناها -أي: بعد الخراب-: ليس للمستأجر أن يمتنع، ولا للآجر.

وهذا تنصيص منه على أنه لا ينفسخ، لكنه -أي: العقد- يفسخ، وهو الأصح[١٥٥/ب].

ولو انقطع ماء الرحى، والبيت مما ينتفع به لغير الطحن: فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه جزء من المعقود عليه[٣].

وفي «التبيين»: فإذا استوفاه: لزمته حصته[٤].

---

(١) في الأصل، ر من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٥).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٤٣)، و«تكميلة البحر الرائق» للطوفي (٨/٣٩).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٤٧).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٤٤).

أو أَخَلَّ به كمرضِ العبدِ ودبرِ الدابّةِ. فلو انتفَع به مَعيبًا أو أزالَ المُؤجِر عيبَه: سَقَطَ خيارُه.

وفي «الولوالجي»: رجل استأجر أرضا ليزرعها، فزرعها، ولم يجد الماء ليسقيها، فيبس الزرع: والمسألة على وجهين؛ إما أن يستأجرها بشربها[1]، أو بغير شربها:

* **ففي الوجه الأول**: سقط عنه الأجر؛ لفوات التمكن من الانتفاع.

* **وفي الوجه الثاني**: إن انقطع[2] ماء الزرع على وجهٍ لا يُرجى: فله الخيار، وإن انقطع قليلا قليلا، ويرجى منه السقي: فالأجر عليه واجب، ولو لم ينقطع الماء لكن سال الماء عليها حتى لا يتهيأ به الزراعة: فلا أجر عليه؛ لأنه عجز عن الانتفاع به، وصار كما إذا غصبه غاصب[3].

وفي «الخانية»: رجل استأجر أرضا، فانقطع الماء: قال: إن كانت الأرض تُسقَى من ماء أنهار: لا شيء على المستأجر، وكذا: إذا كانت بماء السماء، فانقطع المطر[4].

(**أو أَخَلَّ**) -عطفٌ على قوله: «فوَّت»- (**به**) أي: بالنفع، يعني: أن العيب لا يُفوِّت النفع بالكلية، بل يُخلُّ به بحيث ينتفع به في الجملة؛ (**كمرضِ العبدِ ودبَرِ الدابّةِ**) -«الدَّبَرة» واحدة: «الدَّبَر» بالفتح: جراحة تَحدث في ظهرها من الرجل-؛ فإن الإجارة تفسخ به أيضا.

وفي «شرح الوقاية» لابن الشيخ: ولا حاجة إلى القضاء، ولا إلى الرضاء في الفسخ بعيبٍ؛ لفوات النفع بتمامه، ويحتاج إلى القضاء أو الرضاء بالعيب الذي يخل به عند عامة المشايخ؛ لفوات النفع على وجهٍ يُتصوَّر عوده.

(**فلو انتفَع**) المستأجر (**به**) أي: بالمستأجر (**مَعيبًا**)، ورضي بالعيب، (**أو أزالَ المُؤجِر عيبَه: سَقَطَ خيارُه**) أي: خيار المستأجر؛ لحصول الرضى والتمكن من الانتفاع، فيجب عليه أجره[5] كاملا.

وفي «المنح»: وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها، وإصلاح الميزاب وما كان من البناء:

---

(١) في الأصل، ر: «ليشربها»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٥).

(٢) في الأصل، ر: «انقطاع»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٥).

(٣) «الفتاوى الولوالجية» (٥/١٦٠).

(٤) «الخانية» لقاضي خان (٢/٢١٩).

(٥) في الأصل، ر: «فتجب... أجرة»، وفي ن: «فيجب... أجرة كاملة»، والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٤٦).

وتُفسَخ بالعذر، وهو: العجزُ عن المُضِيّ على مُوجَب العقد إلا بتحمُّلِ ضررٍ غيرِ مُستحَقٍّ به؛ كقلْعِ سِنٍّ سَكَنَ وجَعُه بعدما استُؤجِر له، وطبخِ لِوَليمةٍ ماتَتْ عَروسُها بعد الاستئجار للطبخ لها أو اختَلَعتْ.

وكذا لو استَأْجَر دكّانا ليتَّجِر فيه، فذَهَبَ مالُه ....

على رب الدار، فإن أبى صاحبها: كان للمستأجر أن يَخرج من الدار إلا أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك، وقد رآها لرضائه بالعيب، وإصلاحُ بئر الماء والبالُوعة والمخرجِ: على صاحب الدار بلا جبر عليه؛ لأنه لا يجبر على إصلاح ملكه، فإن فعَل ما ذُكِر من الإصلاح المستأجر: فهو متبرع فيه، فليس له أن يحبسه من الأجرة[١].

وكذا تفسخ الإجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا، خلافا **للشافعي**[٢].

(**وتُفسَخ**) الإجارة (**بالعذر**) عندنا؛ لأن المعقود عليه في الإجارة النفعُ وهو غير مقبوض، فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع.

خلافا **للشافعي**؛ لأن العقد في الإجارة واقع على الأعيان؛ لكون المنافع بمنزلتها عنده، فتكون[٣] الإجارة كالبيع، فلا تفسخ بالعذر، بل تفسخ بالعيب، وبه قال **مالك** و**أحمد** و**أبو ثور**[٤].

(**وهو**) أي: العذر: (**العجزُ عن المُضِيّ**[١٥٦/أ] **على مُوجَب العقد إلا بتحمُّلِ ضررٍ غيرِ مُستحَقٍّ به**) أي: بعقد الإجارة؛ (**كقلْعِ سِنٍّ سَكَنَ وجَعُه**) أي: السنِّ (**بعدما استُؤجِر له**) أي: لقلع السن؛ فإن العقد إن بقي: لزم قلع سنٍّ صحيحٍ وهو غير مسمى بالعقد، (**وطبخِ لِوَليمةٍ ماتَتْ عَروسُها بعد الاستئجار للطبخ لها**[٥]) أي: لوليمتها، (**أو** طبخِ لوليمةٍ (**اختَلَعتْ**) عروسها بعد الاستئجار للطبخ لها؛ فإن العقد إن بقي: تضرَّر المستأجر بإتلاف ماله في غير الوليمة.

(**وكذا**) تفسخ (**لو استَأْجَر دكّانا ليتَّجِر فيه**[٦]**، فذَهَبَ مالُه**) أي: مال المستأجر، وأفلس،

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٣٤/أ).

(٢) «كفاية الأخيار» للحصني (ص: ٢٤٣).

(٣) في الأصل، ر: «فيكون»، والمثبت من بقية النسخ، والمطبوع (٢/٥٤٦).

(٤) «المجموع» للمطيعي (١٥/٤٣)، و«شرح مختصر الخليل» للزرقاني (٧/٣٠)، و«الهداية» للكلوذاني (ص: ٢٩٥).

(٥) ليست في الأصل من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٤٦).

(٦) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «فيه».

أو آجَرَ شيئا، فلَزِمه دينٌ لا يَجِد قضاءَه إلا من ثمنِ ما آجَرَه ولو بإقراره. أو استأْجَر عبدًا للخدمة في المصر أو مطلقا، فسافرَ أو اكترَى دابةً للسفر، ثم بَدَا له منه، ولو بَدَا للمُكارِي منه: فليس بعذرٍ، ولو مَرِضَ: فهو عذرٌ في رواية الكرخي دون رواية «الأصل».

(**أو آجَرَ شيئا، فلَزِمه**) أي: المؤجرَ (**دينٌ لا يَجِد قضاءَه**) أي: قضاء دينه (**إلا من ثمنِ ما آجَرَه**) من دار أو دكان (**ولو**) -وصلية- (**بإقراره**) أي: ولو كان الدين بإقرار المؤجر؛ لأنه لو بقي العقد: يلزمه الحبس لأجله حيث لا يقدر مالا سواه، وهو ضرر زائد لم يستحقه بالعقد.

وفيه إشارة إلى: أنه لو كان له مال غيره: لا تفسخ.

(**أو استأْجَر عبدًا للخدمة في المصر أو مطلقا**) أي: بلا تقييد بمصر[1]، (**فسافرَ**) المستأجر: فإنه حينئذ يثبت حق الفسخ؛ لأن خدمة السفر أشقُّ، فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر، وفي منع المستأجِر عن السفر ضررٌ لم يُستحَق بالعقد.

ولو اكتفى بقوله: «مطلقا»: لكان أخصر وأشمل للمصر، تدبَّرْ.

(**أو اكترَى دابةً للسفر، ثم بَدَا**[2] **له منه**) أي: ظهر للمستأجر ما يوجب المنع من السفر؛ لاحتمال كون قصده سفرَ الحج فذهب وقته، أو طلبَ غريمٍ له فحضر، أو التجارةَ فافتقر، وغيرَ ذلك: فإنه يثبت له حق الفسخ؛ لأنه لو مضى على موجب العقد: لَزِمه ضررٌ زائدٌ.

(**ولو بَدَا للمُكارِي منه**) أي: ولو ظهر له ما يوجب المنع من السفر: (**فليس بعذرٍ**)؛ لأنه لا يلزمه ضرر؛ لأنه يمكنه أن يقعدَ ويبعثَ تلميذا أو أجيرا.

([و][3]**لو مَرِضَ**) المكاري: (**فهو عذرٌ في رواية الكرخي**)؛ لأنه لا يَعرَى عن ضرر؛ لأن غيره لا يُشفِق على دابته مثلَه، وهو لا يمكنه الخروج، بخلاف ما إذا لم يمرض، (**دون رواية «الأصل»**)؛ لِما ذكرنا.

وفي «القهستاني»: الفتوى على الرواية الأولى[4]، فلهذا اختار المصنف فقدَّمها.

---

(١) في الأصل، ر: «المصر»، والمطبوع (٥٤٦/٢): «بالمصر»، والمثبت من بقية النسخ.

(٢) و«البداء» بالمد في الأصل مصدر: «بدا له»؛ أي: نشأ منه رأيٌ غير الأول. (داماد، منه).

(٣) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٤٦/٢).

(٤) «جامع الرموز» للقهستاني (٧٩/٢).

ولو استأْجَر خيّاطٌ يَعمَل لنفسِه عبدًا يَخِيط له، فأَفلَس: فهو عذرٌ، بخلاف خيّاطٍ يَخِيط بالأجر، وبخلاف تركِه الخياطةَ ليَعمَل في الصرف، وبخلافِ بيعِ ما آجَرَه.

(و[لو][1] **استأْجَر خيّاطٌ يَعمَل لنفسِه**) لا لغيره (**عبدًا يَخِيط له**) أي: للخياط، (**فأَفلَس**) الخياط: (**فهو عذرٌ**[١٥٦/ب])؛ لأنه يلزمه الضرر على موجب العقد؛ لفوات مقصوده وهو رأس ماله، (**بخلاف خيّاطٍ يَخِيط بالأجر**): فإنه ليس بعذر؛ لأن رأس مالِه الخيط والمخيط والمقراض، فلا يتحقق الإفلاس فيه، (**وبخلاف تركِه**) [أي:][2] الخياطِ (**الخياطةَ ليَعمَل في الصرف**): حيث لا يكون عذرا؛ لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل في الصرف في ناحية، (**وبخلافِ بيعِ ما آجَرَه**[3]): فإن هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دينٍ؛ لإمكان استيفاء المستأجر والعين على ملك المشتري كما يستوفيها والعين على ملك البائع كما في «الشمني»[4].

وقال أبو المكارم: وهل يجوز البيع؟ اختلفت الروايات فيه:

* في «الكفاية»: قال الإمام السرخسي: الصحيح: أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع، وهو اختيار صدر الشهيد[5]. وفي «الخانية»: هو أصح الروايات[6].

* وفي «الجامع الصغير»: كل ما ذكرنا: أنه عذر؛ فإن الإجارة فيه تنتقض[7][8]. وهذا يشير إلى أنه [لا يحتاج فيه][9] إلى قضاء القاضي.

* وفي «الزيادات»: أن الأمر يُرفَع إلى الحاكم ليفسخ الإجارة؛ لأنه فعلٌ مجتهَدٌ فيه،

---

(١) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٤٦).

(٢) ليست في الأصل، ر، م، ح، غ، والزيادة من ن، والمطبوع (٢/٥٤٦).

(٣) في الأصل: «آجر»، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٤٦).

(٤) «حاشية الوقاية» للشمني (٢٩٤/أ).

(٥) «الكفاية» للكورلاني (٨/٨٧)، و«المبسوط» للسرخسي (١٥/١٣٥).

(٦) «الخانية» لقاضي خان (٢/٦٠).

(٧) في الأصل، ر: «ينتقض»، وفي م، ن: «ينقض»، وفي ح: «تنقض»، والمثبت من غ، والمطبوع (٢/٥٤٦).

(٨) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ٢١٥).

(٩) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ.

ولو استأْجَر دكَّانا لعملِ الخِياطةِ، فترَكَه لعملٍ آخرَ: فعذرٌ. وكذا لو استأْجَر عقارًا، ثم أرادَ السفرَ.

وتَنفسِخ بموتِ أحدِ العاقدَيْن ....

فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة. قال السرخسي: هذا هو الأصح(١).

* ومنهم من فرّق، فقال: إن كان العذر ظاهرا: انفسخت، وإلا: يَفسَخها الحاكم. قال قاضي خان والمحبوبي: وهو الأصح[١٥٧/أ](٢).

(**ولو استأْجَر دكَّانا لعملِ الخِياطةِ، فترَكَه**) أي: عمل الخياطة (**لعملٍ آخرَ: فعذرٌ**) تُفسَخ به الإجارة؛ لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين، بخلاف ما استأجر الخياط عبدا ليخيطه، فترك الخياطة لعمل الصرف؛ لأن العامل ثمة شخصان، فأمكنهما كما في «الهداية»(٣).

وفي «الفرائد»: وفيه بحث؛ لأنه يمكن أن يعمل العمل الآخر فيه مكانَ عملِ الخياطة، ولا يلزم الجمع بين العملين(٤)، انتهى.

لكن يمكن أن يجاب: بأن المكان الذي تعمل فيه الخياطة لا يمكن أن يعمل فيه عمل آخر في أكثر البلاد عادة، فيلزم العذر.

(**وكذا لو استأْجَر عقارًا، ثم أرادَ السفرَ**): فهو عذرٌ؛ لِما فيه من المنع عن السفر، وفيه ضررُ تعطيلِ مصالح السفرِ أو إلزامُ الأجر بدون الانتفاع، بخلاف ما إذا آجر عقارا، ثم سافر؛ لأنه لا ضرر؛ إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبة المؤجر.

(**وتَنفسِخ**) الإجارة بلا حاجة إلى الفسخ (**بموتِ أحدِ العاقدَيْن**) أي: أحدٍ من الآجر والمستأجر.

وعند الأئمة الثلاثة: لا يبطل بموت أحدهما ولا بموتهما كالبيع(٥).

ولنا: أن المنافع، والإجرة صارت ملكا للورثة، والعقد السابق لم يوجد منهم فينتقض.

---

(١) «المبسوط» للسرخسي (٣/١٦).

(٢) انتهى الخط المغاير لخط المصنف إلى هنا.

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٤٨).

(٤) «الفرائد» للسواسي (٥٩٢/أ).

(٥) «المجموع» للمطيعي (١٥/٧٥)، و«المدونة» للإمام مالك (٣/٤٧٢)، و«مختصر الخرقي» (ص: ٧٩).

عَقَدَها لنفسه، فإن عَقَدَها لغيره: فلا كالوكيلِ والوصيِّ ومُتَوَلِّي الوقفِ.

مسائل منثورة: ولو أَحرَقَ حَصائدَ أرضٍ مستأجَرةٍ أو مستعارةٍ، فاحتَرَق شيء في أرضِ غيرِه: لا يَضمَن إن كانت الريحُ هادئةً، ....

(**عَقَدَها لنفسه**).

فالجملة حالٌ عن «أحد»؛ أي: حال كون أحد العاقدين قد عقَدها لنفسه، أو صفتُه؛ لعدم تعرُّفه بالإضافة على طريقة قوله: «ولقد أَمُرُّ على اللَّئِيم يَسُبُّنِي»؛ لأن المعرَّف بلام العهد الذهني، وما أضيف إليه في حكم النكرة.

(**فإن عَقَدَها**) أي: الإجارة (**لغيره: فلا**) تنفسخ الإجارة لموته (**كالوكيلِ**) يَعقدها لمُوكِّله، (**والوصيِّ**)، وكذا الأب، والقاضي يعقدها لمحجوره، (**ومُتَوَلِّي الوقفِ**) يعقدها للوقف؛ لأن المؤجر والمستأجر باقيان، فلا يلزم ما مرَّ من عدم الجواز؛ لانعدام الانتقال، حتى: لو مات المعقود عليه: بطلت، ولو مات أحد المستأجِرَيْن أو أحد المؤجِّرَيْن: بطلت الإجارة في نصيبه، وبقيت في نصيب الآخر.

وقال زفر: تبطل في نصيب الحي أيضا؛ لأنها إجارة المشاع.

ولنا: أن عدم الشيوع شرطٌ في ابتداء العقد، لا في بقائه.

(مسائل منثورة)
[في الإجارة]

أي: هذه مسائل متفرقة على أبواب الإجارة قد تَدارَكها وجمَعها في آخر الكتاب.

(**ولو أَحرَقَ**) المستأجر (**حَصائدَ أرضٍ مستأجَرةٍ أو مستعارةٍ**).

وهي جمع «حصيدة»، وهي: ما يُحصَد من الزرع والنبت، والمراد هنا: ما يبقى من أصول القَصَب المحصود في الأرض.

(**فاحتَرَق**) بسببه (**شيء في أرضِ غيرِه: لا**[1] **يَضمَن**)؛ لأنه غير متعدٍّ في التسبيب، فلم يوجد شرطُ الضمان؛ لأن فِعله وقَع في ملك نفسه؛ كمن حفَر بئرا في داره، فوقع إنسان: لا ضمان عليه، (**إن كانت الريحُ هادئةً**) حين أَوقَد النار، ثم تحرَّكت؛ لأنه لا صُنْع له.

---

(١) في الأصل، والمطبوع (٢/٥٤٧): «لم»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

وإن مضطربةً: ضَمِنَ.

ولو أَقعَدَ خيّاطٌ أو صبّاغٌ في حانوتِه مَن يَطرَح عليه العملُ بالنصف: صحَّ.

و«الهادئة» من: «هدَأ» -بالهمزة-؛ أي: سكَن، وفي بعض النسخ: «هادنة» من: «هدَن»؛ أي: سكَن.

(وإن) كانت الريح (مضطربةً: ضَمِنَ)؛ لأنه قد فعل مع عمله بعاقبته، فأفضى إليها، فجُعِل كمباشر.

وهذا القول الذي ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي كما في أكثر المعتبرات[1].

وفي «التنوير»: بنى المستأجِر تنُورا أو دكّانا في الدار المستأجَرة، واحترق بعضُ بيوت الجيران أو الدار: لا ضمان عليه مطلقا؛ أي: سواء بنى بإذن صاحب الدار أو لا إلا أن يجاوز ما يصنعه الناس[2].

وفي «التبيين»:

* لو وضع جمرة في الطريق، فأحرقت شيئا: ضَمِن؛ لأنه متعدٍّ بالوضع، ولو رفعته الريح إلى شيء، فأحرقته: لا يضمن؛ لأن الريح نَسَخت فعله.

* ولو أخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه، فوضعه على العَلاة، وضربه بمِطرَقة، وخرج شرار النار إلى طريق العامة، وأحرق شيئا: ضَمِن، ولو لم يضربه ولكن أخرج الريحُ شيئا: لم يضمن.

* ولو سقى أرضه سَقيًا لا يحتمله الأرض، فتعدّى إلى أرض جاره: ضَمِن[١٥٧/ب][3].

(ولو أقعَدَ خيّاطٌ أو صبّاغٌ في حانوتِه مَن يَطرَح عليه العملُ بالنصف: صحَّ) هذا الفعل؛ لأن صاحب الدكان قد يكون ذا جاهٍ وحرمةٍ، ولا يكون حاذقا في العمل، فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل.

وكان القياس: أن لا يجوز؛ لأنه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول، لكنه

---

(١) «المبسوط» للسرخسي (١٨٨/٢٣)، و«الهداية» للمرغيناني (٢٤٩/٣)، و«العناية» للبابرتي (١٤٩/٩).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٠).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٤٧/٥).

وكذا لو استَأْجَر جمَلًا يَحمِل عليه مَحمِلا وراكبَيْن إلى مكَّة، وله المَحمِلُ المعتادُ، وإن شاهَدَ الجمَّالُ المَحمِلَ: فهو أجوَدُ.

وإن استَأجَره لِحملِ زادٍ، فأَكَلَ منه..........................

جاز استحسانا؛ لأن أحدهما يَقبل العمل بالوجاهة، والآخر يَعمل بالحَذاقة، فبذلك تنتظم المصلحة، ولا تضرُّه الجهالة الحاصلة من الكسب.

قيل: لأن تخصيص العمل بأحدهما لا يدل على نفي العمل من الآخر، فإذا تقبَّل أحدهما العمل والآخرُ يَعمل: يجوز كما يجوز في شركة الصنائع، والتقبُّلُ لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع، قال صاحب «الهداية»: هذه شركة الوجوه[1].

وقال العيني في «شرح الكنز»: وفيه نظر؛ لأن شركة الوجوه أن يَشتركَا على أن يشتريَا بوجوههما ويَبيعَا، وليس شيء في هذه بيعٌ ولا شراءٌ، فكيف يتصور أن يكون شركة الوجوه؟![2] انتهى.

لكن يمكن بأن مراد صاحب «الهداية» بـ«شركة الوجوه» ليس ما هو المصطلح عليه المارُّ في «كتاب الشركة»، بل مراده بها ههنا: ما وقع فيه تقبُّل العمل بالوجاهة، يرشدك إليه قوله: «هذا بوجاهته يَقبل، وهذا بحذاقته يَعمل».

ويمكن بوجه آخر: أنه أطلق عليه «شركة الوجوه»؛ تغليبا جهة الوجاهة على جهة العمل؛ لكونها سببا، تأمَّلْ.

(وكذا) صحَّ (لو استَأْجَر جمَلًا يَحمِل عليه مَحمِلا[3] وراكبَيْن) يَقعدان فيه (إلى مكَّة) استحسانا؛ لأن المقصود هو الراكب وهو معلوم، والمحملُ تابع، وما فيه من الجهالة تزول بالصرف إلى المعتاد، فلهذا قال: (وله) أي: للمستأجر (المَحمِلُ المعتادُ) بين الناس.

والقياس: أن لا يجوز؛ لجهالته، وبه قال **الشافعي**[4].

(وإن شاهَدَ الجمَّالُ المَحمِلَ: فهو أجوَدُ)؛ لأنه أقرب لحصول الرضى.

(وإن استَأْجَره) أي: الجملَ (لِحملِ زادٍ، فأَكَلَ) المستأجر (منه) أي: من الزاد في

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٤٩).

(٢) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٢٨٨).

(٣) «المَحْمِل» -بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، أو على العكس-: الهودج الكبير الحجاجي. (داماد، منه).

(٤) «بحر المذهب» للروياني (٧/١٨١).

فله ردُّ عِوضِه.

ولو قال لغاصبِ دارِه: «فَرِّغْها، وإلا: فأجرُها كلَّ شهرٍ كذا»، فلم يُفرِّغ: فعليه المُسمَّى، فإن جَحَدَ الغاصبُ مِلكَه أو لم يَجحَد لكن قال: «لا أُرِيدها بالأجرة»: فلا وإن بَرهَنَ على مِلكِه بعد جَحدِه.

ومن آجَرَ ما استَأْجَره بأكثر: يَتصدَّق بالفضل.

الطريق: (فله) أي: للمستأجر (ردُّ عِوضِه) أي: عوض ما أكل؛ لأن المستحَق عليه حملٌ معلومٌ في جميع الطريق، فله استيفاؤه.

وعند الشافعي في الأظهر: لا يرده[1].

ولو شرط ردَّه: صح بالإجماع، ولو شرط عدمه: لا يصح بالإجماع.

(ولو قال لغاصبِ دارِه: «فَرِّغْها) أي: الدار، (وإلا) [أي:][2] وإن لم تُفرِّغ: (فأجرُها كلَّ شهرٍ كذا»، فلم يُفرِّغ) الغاصب بعد ذلك، بل مكث فيها أياما: (فعليه) أي: الغاصب (المُسمَّى) أي: الذي سمَّاه له المالك من الأجر؛ لوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ.

(فإن جَحَدَ الغاصبُ مِلكَه) أي: كون الدار ملك مَن يدَّعيها، (أو لم يَجحَد لكن قال: «لا أُرِيدها) أي: الدار (بالأجرة»: فلا) عليه المسمى؛ لأنه حينئذ لا يكون ملتزما بالإجارة (وإن) -وصلية- (بَرهَنَ) المدعي (على مِلكِه بعد جَحدِه) بعد جحد الغاصب؛ لأن البينة بعد ذلك لا تفيد في حق الإجارة.

وكذا لا يلزم عليه الأجر إذا أقرَّ بالملك له، لكن قال له: «لا أريد بالإقرار الأجر»؛ لعدم رضائه صريحا بالإجارة.

(ومن آجَرَ ما استَأْجَره بأكثر) من الأجر الأول: (يَتصدَّق بالفضل)؛ لأنه ربح ما لم يقبضه.

وعند الشافعي: يطيب له الفضل[3].

هذا إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى؛ لأنه لو لم تكن من جنسها: طاب الفضل

---

(١) «بحر المذهب» للروياني (١٦٨/٧).

(٢) ليست في الأصل، ر، والزيادة من بقية النسخ، والمطبوع (٥٤٧/٢).

(٣) «المهذب» للشيرازي (٢٥٨/٢).

وتصحُّ الإجارةُ مضافةً، وكذا فسْخُها. ....

اتفاقا، ذكره الطحاوي كما في «شرح المجمع»[١].

قال المولى خسرو: جاز للمستأجر أن يؤجر الأجير من غير مؤجره، ولا يجوز أن يؤجره لمؤجره؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة، والمستأجرُ في حق المنفعة قائمٌ مقام المؤجر، فيلزم تمليك المالك[٢]، وفي «المنح» تفصيل[٣]، فليراجع.

وفي «الغرر»:

* وكَّله لاستئجار دارٍ، ففعل، وقبَض الوكيل ولم يُسلِّمها إلى الموكل حتى مضت المدة: رجع الوكيل بالأجر على الآمِر.

* كذا إن شرَط تعجيلَ الأجر، وقبَض الوكيل، ومضت المدة ولم يطلب الآمر، وإن طلَب الآمر وأبَى ليُعجِّل: لا يرجع[٤][١٥٨/أ].

(**وتصحُّ الإجارةُ**) حال كونها (**مضافةً**) إلى زمان في المستقبل بأن قال مثلا: «إذا جاء رأس الشهر: فقد آجرتُك هذه الدار بكذا إلى سنة»، هذا عندنا؛ لأن مطلقَها يقع مضافا؛ لأن انعقادها يَتجدَّد بحسب ما يَحدُث من المنفعة على ما عُرِف، فوقوعُ المقيد أولى بالجواز.

خلافا للشافعي؛ لأن المنفعة عنده كالعين، فأشبه بيع العين[٥].

(**وكذا**) يصحُّ (**فسْخُها**) أي: فسخ الإجارة كما قال: «فاسخْتُك هذه الإجارة رأس الشهر الآتي».

ولو قال: «إذا جاء رأسه: فقد فاسخْتُك»: لم يجز، وقال السرخسي: جاز[٦]، والفتوى على الأول.

وفي «العمادي»: أنه لا يصح إجماعا.

---

(١) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٣٤٣).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٤١).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٣٦/أ).

(٤) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٤١).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/٩٧).

(٦) «المبسوط» للسرخسي (١٦/٢١).

وكذا المزارعةُ، والمعاملةُ، والمضاربةُ، والوكالةُ، والكفالةُ، والإيصاءُ، والوصيّةُ، والقضاءُ، والإمارةُ، والطلاقُ، والعتقُ، والوقفُ. لا البيعُ وإجازتُه وفسخُه، والقسمةُ، والشركةُ، والهبةُ، والنكاحُ، والرجعةُ، والصلحُ عن مالٍ، وإبراءُ الدَّين.

(وكذا[1]) تصحُّ (المزارعةُ والمعاملةُ) أي: المساقاة أيضا بالإضافة كما إذا قال: «دفعتُ إليك هذه الأرض أو الأشجار للزراعة أو العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت»؛ لأن كلا منهما إجارة، (و) كذا (المضاربةُ) كما إذا دفع عشرة دراهم إلى فلانٍ، وقال بعد ما صارت بالعشرة عشرين: «اعمَلْ به مضاربة بالنصف»: فإنه لم يصر مضاربا إلا عند صيرورتها عشرين درهما، (والوكالةُ) كما إذا قال: «بعْ عبدي غدا»: فإنه يصير وكيلا لا يصح تصرُّفه إلا بعد الغد.

واختُلِف في العزل قبله، وصح الرجوع إجماعا بشرط علم الوكيل؛ لأنهما من باب الإطلاق كالطلاق والعتق والوقف.

(والكفالةُ) بأن قال: «ما ذاب[2] لك على فلان: فعليّ»؛ لأنها التزام المال ابتداء، فتجوز إضافتها، (والإيصاءُ) أي: جعلُ الغير وصيًّا بأن قال: «إذا متُّ: فأنت وصيٌّ فيما أَخلُف»؛ إذ الإيصاء لا يتصوَّر في الحال إلا إذا جُعِل مجازا عن الوكالة، (والوصيّةُ) بأن قال: «فثُلُث مالي لفلان»؛ لأنها تمليكٌ بعدَه، (والقضاءُ والإمارةُ) كما بيَّنَّاه في القضاء، (والطلاقُ) بأن قال لامرأته: «إن قَدِم فلان: فأنت طالق»: لا تطلق حتى يجيء، (والعتقُ) بأن قال لعبده: «أنت حرٌّ إذا جاء رأس الشهر»، (والوقفُ) كما إذا قال: «أرضي هذه موقوفة غدا».

وفي «القهستاني»: وتصح العارية والإذن في التجارة مضافَيْن كما في «العمادي».

وفيه إشعار بأنه لم يصح تعليق كل منها، وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما في «النهاية»، وينبغي أن لا يصح فسخ كلٍّ منها غير الإجارة مضافا[3]، انتهى.

(لا) يصحُّ كل واحد من (البيعُ وإجازتُه وفسخُه والقسمةُ والشركةُ والهبةُ والنكاحُ والرجعةُ والصلحُ عن مالٍ وإبراءُ الدَّين) حال كونه مضافا إلى زمان في المستقبل؛ لأن هذه الأشياء تمليكٌ، وقد أمكن تنجيزها للحال، فلا حاجة إلى الإضافة.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» بدون: «كذا».

(٢) «ذاب»: وجب وثبت. انظر «الصحاح» للجوهري (١/١٢٩).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٨١).

....

وفي «التنوير»:

* فسَخ العقد بعد تعجيل البدل: فللمعجل حبسُ البدل حتى يستوفي مال البدل كما في «التبيين»[١].

* استأجر مشغولا وفارغا: صحَّ في الفارغ فقط.

* المستأجر فاسدا إذا أجار صحيحا: جازت، وقيل: لا[٢].

وفي «الغرر»: المستأجر لا يكون خصما لمدعي الإجارة والرهن والشراء بخلاف المشتري[٣].

** ** **

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١١١/٥).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٢).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢٤١/٢).

كتاب المُكاتَب: «الكتابةُ»: تحريرُ المملوكِ يدًا في الحالِ ورقبةً في المآلِ.

(كتاب المُكاتَب)

أَوْرَد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة؛ لمناسبة أن كل واحد عقدٌ يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجهٍ يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة.

وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق؛ يعني: قولنا: «بمقابلة ما ليس بمال» خرج به البيع والهبة بشرط العوض، وقولنا: «بطريق الأصالة» خرج به النكاح والعتاق على مال، فإن ذِكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة.

قيل: الأنسب أن يذكر عقيب العتاق؛ لأن الكتابة مآلها الولاءُ، والولاء حكمٌ من أحكام العتق أيضا، لكن لا نسلم ذلك؛ لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض، والكتابة ليست كذلك، بل فيها ملكٌ لشخص ومنفعةٌ لغيره، وهو أنسب للإجارة؛ لأن نسبة الذاتيَّات أولى من العرضيَّات كما في «العناية»[(١)]، لكن في «حاشية المولى سعدي» كلام[(٢)]، فليطالع.

و«المكاتَب» هو مفعول من «كاتَب، مكاتبة»، والمولى: «مكاتِب» -بكسر التاء-، وأصله من الكَتْب وهو الجمع، ومنه: «كتبتُ القرية» إذا أَحرَزتُها، و«الكَتِيبة» هي: الطائفة المجتمعة من الجيش، و«الكِتابُ»؛ لأنه يجمع الأبواب والفصول، و«الكتابة»؛ لأنها تجمع الحروف.

وسُمِّي هذا العقد «كتابة» و«مكاتبة»؛ لأن فيه ضمُّ حرية اليد إلى حرية الرقبة، أو لأن فيه جمعا بين نجمَيْن فصاعدا، أو لأن كلا منهما يَكتب الوثيقة[١٥٨/ب].

(«**الكتابةُ**»):

* **في اللغة**: مصدر كتب.

* **وفي الشرع**: (**تحريرُ المملوكِ يدًا**) أي: من جهة اليد (**في الحالِ ورقبةً**[(٣)]) أي: من جهة الرقبة (**في المآلِ**) أي: في المستقبل؛ لأن المكاتب لا يتحرَّر رقبة إلا إذا أدَّى بدل الكتابة، وأما في الحال: فهو حرٌّ من جهة اليد فقط حتى يكون أحق بكسبه، ويجب على

---

(١) «العناية» للبابرتي (٩/١٥٢).

(٢) «حاشية العناية» لسعدي أفندي (٧/٢٢٦).

(٣) في الأصل: «أو رقبة»، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى» والمطبوع (٢/٥٤٨).

فمن كاتَبَ مملوكَه ولو صغيرًا يَعقِل بمالٍ حالٍّ أو مؤجَّلٍ أو منجَّمٍ، فقَبِلَ: صحَّ.

المولى الضمان بالجناية عليه أو على ماله، ولهذا قيل: المكاتب طارَ عن ذل العبودية، ولم ينزل في ساحة الحرية، فصار كالنَّعامة؛ إن استُطِير: تَباعَر، وإن استُحْمِل: تَطايَر.

ثم **شرطُ الكتابة**: أن يكون الرق قائما بالمحل، وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس.

وسببُها: رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا، وفي ثواب العتق آجلا، ورغبة العبد في الحرية.

وركنُها: الإيجاب والقبول.

وحكمُها: من جانب العبد فكاكُ الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد أخصَّ بنفسه وكسبه من مولاه.

وألفاظُها: «كاتبتُك على كذا» أو ما يقوم مقامه.

(**فمن كاتَبَ مملوكَه ولو**) -وصلية- (**صغيرًا يَعقِل**).

قيَّده؛ لأنه إذا لم يعقل العقد: لا يجوز اتفاقا؛ لأنه ليس بأهلٍ للقبول، والعقدُ موقوف عليه.

(**بمالٍ حالٍّ**) بأن يؤدِّيَ البدل عقيب العقد، (**أو**) بمالٍ (**مؤجَّلٍ**) بأن يؤدِّيَ كله في مدة معلومة، (**أو**) بمالٍ (**منجَّمٍ**) بأن يؤدِّيَ في كل شهر مقدارا معلوما من البدل.

الأولى بالواو كما في «النهاية» حيث قال: «وكون بدلها منجَّما ومؤجلا فليس بشرط عندنا»[1]، تدبَّرْ.

(**فقَبِلَ**) المملوك ذلك: (**صحَّ**) العقد عندنا؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] الآيةَ، فتتناوَل جميع ما ذكرنا من الحالِّ والمؤجَّل والمنجَّم والصغير والكبير وكلِّ من يَتأتَّى منه الطلب، ولأنه عقد معاوضةٍ والبدل معقود عليه، فأشبه الثمن في عدم اشتراط القدرة عليه؛ لأن توهُّم القدرة كافٍ هنا كما في البيع.

وقيل: يمكن أن يَستقرض، فيَقدر على الأداء ولو كان مديونا للغير.

وقال **الشافعي**: لا تجوز كتابة الصغير؛ لأنه ليس بأهلٍ للتصرُّف، وكذا لا تجوز عنده

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٩٠/ب).

وكذا لو قال: «جعَلتُ عليك ألفًا تُؤدِّيه نجومًا أوَّلُها كذا وآخِرُها كذا، فإذا أدَّيتَه: ....

إلا منجَّما، وأقله نجمان؛ ليتمكن من التحصيل؛ إذ القدرة على التسليم شرطٌ لصحة العقد، لكنَّ قيدَ التأجيل زيادةٌ على النص[1]، فرُدَّ كما في سائر المعاوضات.

والأمر في هذه الآية ليس أمرَ إيجابٍ بإجماع بين الفقهاء، وإنما هو أمر ندب، هو الصحيح، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط؛ إذ هو مباح بدونه، وأما الندبية: فمتعلقة به.

والمراد بـ«الخير» المذكور على ما قيل: أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم: فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله.

وأما اشتراط قبول العبد: فلأنه مال يلزمه، فلا بد من التزامه.

ولا يعتق إلا بأداء كل البدل؛ لقوله ﷺ: «**أيما عبدٍ كُوتِب على مائة دينار، فأدَّاها إلا عشرة دنانير: فهو عبد**»[2]، وقال ﷺ: «**المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم**»[3]، وفيه اختلاف الصحابة ﷺ، وما اخترناه قول زيد رضي الله تعالى عنه.

ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى: «إذا أدَّيتَها: فأنت حر»؛ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع، خلافا للشافعي.

ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع كما في «الهداية»[4].

وقال الشافعي: يجب عليه حط ربع البدل[5].

(**وكذا لو قال**) المولى: (**«جعَلتُ عليك ألفًا تُؤدِّيه نجومًا**) أي: متفرِّقا على النجم[6]؛ (**أوَّلُها**) أي: أول النجوم (**كذا**) من الدرهم، (**وآخِرُها كذا**) منها، (**فإذا أدَّيتَه**) أي: الألف:

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٥١٢/٧)، و«أسنى المطالب» للجوني (٤٧٢/٤).

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٩٢٧)، وابن ماجه في «سننه» (٢٥١٩)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥٠٠٨/٥٣/٥)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٦٧٢٦/٣٣٧/١١).

(٣) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٩٢٦)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٧١٢/١١١/٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٦٣٨/٥٤٥/١٠).

(٤) «الهداية» للمرغيناني (٢٥٠/٣)، و«نجم الوهاج» لأبي البقاء (٥٤٥/١٠)

(٥) «عجالة المحتاج» لابن الملقن (١٨٩٠/٤).

(٦) قيل: «النجم»: «الطالع» في الأصل، ثم سمي به: «الوقت» مجازا، ثم سمي به: «ما يؤدى من الوظيفة». (داماد، منه).

فأنتَ حرٌّ، وإن عجَزتَ: فقِنٌّ»، فقَبِلَ. ولو قال: «إذا أدَّيتَ إليَّ ألفًا، كلَّ شهرٍ مائةً: فأنت حرٌّ»: فهو تعليقٌ، وقيل: مكاتبةٌ.

وإذا صحَّتِ الكتابة: خَرَجَ عن يد المولى دون مِلكِه. فإن أتلَفَ ماله: ضَمِنَه. وكذا إن وَطِئَ المكاتبةَ ....

(فأنتَ حرٌّ، وإن عجَزتَ فقِنٌّ) أي: فأنت قِنٌّ على حالك»، (فقَبِلَ) العبد ذلك: صحَّ العقد، وصار مكاتبا.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأن فيه تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة.

وجه الاستحسان: أن العبرة للمعاني، وقد أتى بمعنى الكتابة مفسرا، فينعقد به.

قيل: قوله: «جعلتُ عليك» يحتمل عقد الكتابة، ويحتمل الضريبة على العبد، فلا تتعيَّن جهة الكتابة إلا بقوله: «فإن أدَّيتَه: فأنت حر»، فيكون قوله: «وإن عجزتَ فقِنٌّ» حثًّا للعبد على الأداء[١٥٩/أ].

(ولو قال) المولى: («إذا أدَّيتَ إليَّ ألفًا، كلَّ شهرٍ مائةً: فأنت حرٌّ»: فهو تعليقٌ)، يعني: يكون إعتاقا بالمال لا بالمكاتبة في رواية أبي حفص، قال فخر الإسلام: وهو الأصح؛ لأن التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعلَ تفسيرا لها؛ لأنه يدخل في سائر الديون، وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظٌ يَختصُّ بالكتابة ليكون تفسيرا لها، فلا يكون مكاتبا.

(وقيل: مكاتبةٌ)، وهو رواية أبي سليمان[(١)]؛ لأن التنجيم يدل على الوجوب؛ لأنه يستعمل للتيسير، وذلك في المال ولا يجب المال إلا بالكتابة؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينا إلا في الكتابة.

(وإذا صحَّتِ الكتابة: خَرَجَ) المكاتب (عن يد المولى)؛ لأن موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب، ولهذا ليس له المنع من الخروج والسفر، (دون مِلكِه) أي: لا يخرج من ملك المولى؛ لِما روَيْناه.

ثم فرَّع عليه بقوله: (فإن أتلَفَ) المولى (ماله) أي: مال المكاتب: (ضَمِنَه) أي: ضمن المولى ما أتلفه؛ لكونه أجنبيا في مال كسبه.

(وكذا) ضَمِنه (إن وَطِئَ) المولى (المكاتبةَ) أي: يَغرَم العُقر؛ لأنها تَخرج بعقد الكتابة

---

(١) والذي في «الأصل» للإمام محمد (١٣٨/٥) موافق لرواية أبي سليمان، والله أعلم.

أو جَنَى عليها أو على ولدِها.

وإن كاتَبه على قيمتِه: فَسَدتْ، فإن أدَّاها: عَتَقَ. وكذا تَفسُد لو كاتَبه على عينٍ لغيره يَتعيَّن بالتعيين، أو على مائة ويرُدُّ عليه عبدًا غيرَ معيَّنٍ. ....

من يد المولى، فصار كالأجنبي في حق نفسها، (أو جَنَى) المولى (عليها) أي: على المكاتبة (أو على ولدِها) أي: يَغرم المولى أرْش الجناية لها ولولدها؛ لكونه أجنبيا في حقها وولدها.

(وإن كاتَبه) أي: إن كاتب المولى عبده (على قيمتِه) بأن قال: «كاتَبتُك على قيمتك»: (فَسَدتِ) الكتابة؛ لأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا، فتفاحشت الجهالة، وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة، ولأن الكتابة على القيمة تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد؛ لأنه موجب للقيمة، (فإن أدَّاها) أي: القيمة: (عَتَقَ[1]) العبد؛ لكونها بدلا معنًى.

(وكذا تَفسُد) الكتابة (لو كاتَبه على عينٍ لغيره) بأن قال: «كاتَبتُك على هذا العبد» وهو مملوك لغيره (يَتعيَّن[2]) -صفة «عينٍ»- (بالتعيين) كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين في ظاهر الرواية؛ لعدم القدرة على تسليم ملك الغير[3].

وعن الإمام: يجوز إن قدَر على تسليمها بأن يملكها.

وفيه إشارة إلى: أنه لو كاتَب على دراهم أو دنانير بعينها وهي لغيره: جاز؛ لأنها لا تتعيَّن في المعاوضات، فيتعلق بدراهم دينٍ في الذمة، لا بدراهم[4] الغير، فيجوز.

(أو على مائة) دينار، (ويرُدُّ) السيد (عليه) أي: العبد (عبدًا غيرَ معيَّنٍ) أي: لو كاتَبه على مائة على أن يردَّه سيده عبدا بغير عينه بأن قال: «أدِّ إليَّ مائة دينار على أن تأخذ مني عبدا بغير عينه: فأنت حرٌّ»: فالكتابة فاسدة عند الطرفين؛ بناء على أن استثناء العبد من المائة لا يصح؛ لانعدام شرطه وهو المجانسة، وإنما يصح استثناء قيمته ولكنها مجهولة؛ لاختلاف

---

(١) ولم يذكر أن القيمة بما ذا تعرف؟ قيل: تعرف بأحد الأمرين؛ إما بأن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما، وإما بتقويم المقوِّمين، فإن اتفقا الاثنان منهم على شيء: جعل ذلك قيمة له وإن اختلفا: لا يعتق ما لم يؤدِّ أقصى القيمتين كما في «العناية» (١٦٤/٩)، لكن قوله: «وإما بتقويم المقومين» محل تأمُّلٍ، تتبَّعْ. (داماد، منه).

(٢) نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «تتعين».

(٣) «الأصل» للإمام محمد (٢١٣/٥).

(٤) في الأصل: «بدارهم»، وهذا الغلط من سبق القلم، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٥٥٠/٢).

وعند أبي يوسف: تجوز، وتُقسَم المائة على قيمةِ المكاتب وقيمةِ عبدٍ وسطٍ، فيَسقُط قِسطُ العبدِ والباقي بدلُ الكتابةِ.

وإن كاتَبَ المسلمُ بخمرٍ أو خنزيرٍ: فَسَدَ، فإن أدّاه: عَتَقَ، ولَزِمتْه قيمةُ نفسِه. والكتابةُ على ميتةٍ أو دمٍ باطلةٌ، فلا يَعتِق بأداءِ ....

المقوّمين فيها.

(**وعند أبي يوسف: تجوز**) الكتابة، (**وتُقسَم المائة على قيمةِ المكاتب وقيمةِ عبدٍ وسطٍ، فيَسقُط قِسطُ العبدِ**) أي: حصته، (**والباقي**) من المائة بعد حصته (**بدلُ الكتابةِ**)، يعني: إذا كان بدلُ الكتابة مائةً، وقيمةُ المكاتب خمسين، وقيمةُ العبد خمسين: يجب على المكاتب أداء خمسين، ويسقط خمسون؛ لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه: جاز استثناؤه منه، وتجوز الكتابة على عبد، فكذا يجوز استثناؤه.

هذا في عبدٍ غير معيَّن، حتى لو شرطه أن يردَّ عبدا معيَّنا: صح اتفاقا.

(**وإن كاتَبَ المسلمُ**) عبدَه (**بخمرٍ أو خنزيرٍ: فَسَدَ**) العقد؛ سواء كان العبد مسلما أو كافرا؛ لأنهما ليسا بمال، فلا يَصلحان للعوض في عقد المعاوضة، وكذا لو كان المولى ذميا والعبد مسلما؛ لأن إسلام أحد الطرفين يمنع صحة العقد.

(**فإن أدّاه**) أي: إن أدى المكاتب الخمر والخنزير: (**عَتَقَ**) العبد [(**ولَزِمتْه قيمةُ نفسِه**)][(١)] في ظاهر الرواية[(٢)]؛ سواء أتى بالشرط بأن قال: «إن أدّيت الخمر: فأنت حر» أو لم يأت به؛ لأنهما مال في الجملة وإن لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين.

وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه؛ لأن البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة.

وعن أبي يوسف: أنه يعتق بأداء الخمر؛ لأنه بدلٌ صورةً، ويعتق بأداء القيمة أيضا؛ لأنه هو البدل معنًى.

وعن الطرفين: أنه يعتق بأداء عين الخمر إذا قال: «إن أدّيتَها إليَّ: فأنت حر» باعتبار أنه معلَّق بالشرط وقد وُجِد الشرط[١٥٩/ب].

(**والكتابةُ على ميتةٍ أو دمٍ باطلةٌ**)؛ لأنهما ليسَا بمال أصلا عند أحد، (**فلا يَعتِق بأداءِ**

---

(١) ليست في الأصل، ر، والزيادة من ح، م، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٥٠).

(٢) «الأصل» للإمام محمد (٥/٢١٢).

المسمّى.

وتجبُ القيمةُ في الفاسدة، ولا تَنقُص عن المُسمّى، وتُزاد عليه. وصَحَّتْ على حيَوانٍ ذُكِرَ جنسُه فقط لا وصفُه،..

المسمّى)؛ لعدم انعقاد الكتابة ببطلانها، فلا يلزم على المكاتب شيء.

وفي «الاختيار»: ولو علّق العتق بأدائها: عتَق بالأداء؛ لوجود الشرط[1].

(وتجبُ القيمةُ) أي: قيمة العبد (في) الكتابة (الفاسدة)؛ لأن الواجب ردُّ رقبته لفساد العقد، وقد تعذّر بالعتق، فوجب رد قيمته بالغة ما بلغت؛ لأن المولى لم يرض[2] النقصان، والعبد رضي بالزيادة؛ لئلا يبطل حقه في العتق؛ لأن عتقه أولى له من الرقبة إلى آخر عمره، وعن هذا قال:

(ولا تَنقُص) القيمة (عن المُسمّى)؛ لِما مرَّ: أن المولى لم يرضَ بالنقصان، (وتُزاد[3]) القيمة (عليه) أي: على المسمَّى إن كانت زائدة عليه، فيسعى في قيمة نفسه بالغة ما بلغت؛ لِما مرَّ.

قيل: هذه المسألة متعلقة بمسألة الخمر؛ لأن بدل الكتابة في الفاسدة هو قيمة المكاتب.

وقيل هذه مسألة مبتدأة لا تعلُّق لها بمسألة الخمر؛ لأن وضع المسألة فيما إذا كاتب عبده بألفٍ على أن يخدمه أبدا: فالعقد فاسد، فتجب القيمة، فإن كانت ناقصة عن الأل:ف لا تنقص، وإن زائدة: زيدت عليه.

وقيل: هذه مسألة لها نوعُ تعلُّقٍ بما قبلَها غير مختصة؛ لأن القيمة في الكتابة الفاسدة من جنس المسمَّى، فقيمة المكاتب إن كانت ناقصة عن المسمَّى: لا تنقص منه، وإن زائدة: زيدت عليه.

(وصَحَّتِ) الكتابة (على حيَوانٍ ذُكِرَ جنسُه فقط[4]) كالعبد والفرس، (لا وصفُه) كالجيِّد والرديء.

---

(١) «الاختيار» للموصلي (٤/٢٩).

(٢) في الأصل، ر، والمطبوع (٢/٥٥٠): «لم ير»، والمثبت من بقية النسخ، و«درر الحكام» (٢/٢٤)، ومما سيأتي بعد قليل من قوله: «لِما مرَّ: أن المولى لم يرض بالنقصان».

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لا ينقص...»، و«...يزاد».

(٤) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «فقط».

ولَزِمَ الوسَطُ أو قيمتُه.

وصحَّ كتابةُ الكافرِ عبدَه الكافرَ بخمرٍ مقدَّرٍ. وأيٌّ أَسلَمَ: فللسيِّدِ قيمتُها، وعَتَقَ بأداء عينِها.

ولا بد للمصنف أن يذكر النوع بأن يقول: «ولا نوعُه» كما في أكثر المعتبرات[1]؛ لأن الكتابة بدون ذكر النوع كالتركي والهندي جائزة؛ لأنها مبادلة مالٍ بمال من حيث إن العبد مالٌ في حق المولى، ومبادلةُ مال بما ليس بمالٍ من حيث إن العبد ليس بمال في حق نفسه، فتقع الكتابة بين الجواز والفساد، فحُمِل على الجواز، فالجهالة بعد ذكر الجنس لا تضرُّ لكونها يسيرة؛ لأن مبناها على المسامحة.

وقال الشافعي: لا يجوز هذا العقد للجهالة[2].

(**ولَزِمَ**) المكاتبَ (**الوسَطُ**) أي: الحيَوان الوسط (**أو قيمتُه**) أي: قيمة الوسط؛ لأن كل واحد أصلٌ من وجه، فالعين أصل تسمية، والقيمة أصل أيضا؛ لأن الوسط لا يُعلَم إلا بها، فاستوَيَا فيخيَّر، ويجبر المولى على قبول ما أدَّى.

(**وصحَّ كتابةُ الكافرِ**[3] **عبدَه الكافرَ بخمرٍ مقدَّرٍ**)؛ لأنها مالٌ عندهم بمنزلة الخل عندنا.

وإنما قال: «مقدَّر»، ولم يقل: «مقدرة»؛ بناء على ما قاله صاحب «القاموس»: إنه قد يُذكَّر[4].

(**وأيٌّ**) من السيد وعبده (**أَسلَمَ: فللسيِّدِ قيمتُها**) أي: قيمة الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملُّكها، (**وعَتَقَ**) العبد (**بأداء عينِها**) أي: الخمر؛ لأن الكتابة عقدُ معاوضةٍ، وسلامةُ أحد العوضين لأحدهما يوجب سلامةَ العوض الآخر للآخر، وإذا أدَّى الخمر: عتَق أيضا؛ لتضمُّن الكتابة تعليقَ العتق بأداء الخمر؛ إذ هي المذكورة في العقد كما في «الرمز»[5].

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٥٥/٥)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢٥/٢)، و«تكملة البحر الرائق» للطوفي (٥٠/٨).

(٢) «كفاية الأخيار» للحصني (٥٨١/١).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «كافر» بدون لام التعريف.

(٤) «القاموس المحيط» للفيروزآبادي (ص: ٣٨٧).

(٥) «رمز الحقائق» للعيني (٢٩٢/٢).

باب تصرُّف المكاتَب: له أن يَبِيع، ويَشترِي، ويُسافِر وإن شُرِطَ عدمُه، ويُزوِّج أَمتَه، ويُكاتِب عبدَه؛ ....

وفي «شرح الطحاوي» و«التمرتاشي»: لو أدَّى الخمر: لا يعتق، ولو أدى القيمة: يعتق.[١]

وفي «الغرر»: وصحت على خدمة شهرٍ للمولى أو لغيره أو حفرِ بئرٍ أو بناءِ دار إذا بيِّن قدر المعمول والأجرِ بما يَرفع النزاع، ولا تَفسد الكتابة بشرطٍ إلا أن يكون في صُلب العقد[٢][٣].

(باب تصرُّف المكاتَب)

(له) أي: للمكاتب (أن يَبِيع ويَشترِي ويُسافِر)؛ لأنه لا يقدر على تحصيل البدل إلا بها، وقولُه: «(وإن) -وصليةٌ- (شُرِطَ عدمُه) أي: عدم سفر المكاتب» متصلٌ بما قبله؛ أي: له أن يسافر وإن شرط عليه المولى أن لا يخرج من البلد استحسانا؛ لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة.

وعند **مالك** و**الشافعي** في قول: لا يسافر إلا بإذن، وهو **القياس**[٤].

(ويُزوِّج أَمتَه) أي: للمكاتب أن يزوج أمته **بالإجماع**؛ لِما مرَّ من باب الاكتساب بأخذ المهر والخلاص عن نفقتها، (و) له أن (يُكاتِب عبدَه) أو أمته[٥] **استحسانا**؛ لكونها اكتسابا

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٣٨/ب).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٥).

(٣) وفي «الهداية» (٣/٢٥٤): فبطل الشرح وصحَّ العقد؛ لأنه شرطٌ لم يتمكن في صلب العقد، وبمثله لا تفسد الكتابة، وهذا؛ لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح، فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط عليه خدمة مجهولة؛ لأنه في البدل، وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه، هذا هو الأصل. (داماد، منه).

(٤) «المدونة» للإمام مالك (٢/٤٧١)، وقال الجويني في «نهاية المطلب» (١٩/٣٦٠): المكاتب كتابة صحيحة يسافر إن أراد الاستقلال، والمكاتب كتابة فاسدة هل يسافر؟ فعلى وجهين: **أحدهما**: أنه يسافر لاستقلاله بالكسب، **والثاني**: لا يسافر.

(٥) وفي «الهداية» (٣/٢٥٤): بطل الشرط، وصح العقد؛ لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد، وبمثله لا تفسد الكتابة، وهذا؛ لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح، فألحقناه:

* بالبيع في شرطٍ تَمكَّن في صلب العقد كما إذا شرط عليه خدمة مجهولة؛ لأنه في البدل.

* [و]بالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه، هذا هو الأصل. (داماد، منه).

فإن أدَّى بعْدَ عتقِ الأولِ: فولاؤه له، وإن قبلَه: فللسيِّدِ.

وليس له أن يتزوَّج بلا إذنٍ، ولا يَهَب ولو بعوضٍ، ولا يتصدَّق إلا بيسيرٍ، ولا يَكفُل، ولا يُقرِض، ولا يُعتِق ولو بمالٍ، ولا يُزوِّج عبدَه، ولا يَبيعه من نفسه.

والأبُ والوصيُّ في رقيق الصغير كالمكاتَب.

بأخذ بدل الكتابة أيضا، فيكون داخلا في العقد كالبيع، بل هو أنفع منه؛ لأن الكتابة لا تزيل الملك إلا بعد وصول البدل، والبيع يزيل قبل وصوله.

وقال زفر: ليس له ذلك، وهو **القياس**، وبه قال **الشافعي وأحمد**؛ لأن المآل هو العتق، والمكاتب ليس من أهله[1].

(**فإن أدَّى**) المكاتب الثاني الكتابة (**بعْدَ عتقِ**) المكاتب (**الأولِ: فولاؤه**) أي: المكاتب الثاني (**له**) أي: للمكاتب الأول؛ لأنه صار أهلا بعد العتق[١٦٠/أ]، (**وإن**) أدى المكاتب الثاني بدل الكتابة (**قبلَه**) أي: قبل عتق المكاتب الأول: (**فللسيِّدِ**) أي: ولاء المكاتب الثاني لسيد المكاتب الأول، لا للمكاتب الأول؛ لتعذُّر جعل المكاتب معتقا له؛ لعدم أهليته الإعتاق، فيخلفه فيه أقرب الناس إليه، وهو مولاه.

ولو أدَّى الأول بعد ذلك: لا ينتقل الولاء إليه؛ لأن المولى جعل معتقا، والولاء لا يتحوَّل عن المعتق إلى غيره، ولو أديا معا: فولاؤهما للمولى؛ لكونه أصلا.

(**وليس له**) أي: للمكاتب (**أن يتزوَّج بلا إذنٍ**) من المولى؛ لأنه ليس من الاكتساب؛ لِما فيه مِن شغل ذمته بالمهر والنفقة، ويجوز بإذنه؛ لأن الحجر لأجله، فإذا أذن: جاز، (**ولا**) أن (**يَهَب**)؛ لأنها تبرُّع (**ولو**) -وصلية- (**بعوضٍ**)؛ لأنها تبرُّع ابتداء، (**ولا يتصدَّق**)؛ لأنه تبرُّع أيضا (**إلا بيسيرٍ**) منهما؛ لأنهما من ضرورات التجارة، (**ولا يَكفُل**) مطلقا؛ سواء كان في المال أو في النفس بأمر أو بغير أمر؛ لأنها تبرُّع محضٌ، (**ولا يُقرِض، ولا يُعتِق ولو**) -وصلية- (**بمالٍ**)؛ لأنه ليس بأهل، (**ولا يُزوِّج عبدَه**)؛ لأنه تعييبٌ له ونقصٌ لماليته؛ لكونه شاغلا لرقبته بالمهر والنفقة، (**ولا يَبيعه من نفسه**)؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق، فلا يملكه.

(**والأبُ والوصيُّ في رقيق الصغير**) الذي تحت حجرهما (**كالمكاتَب**) في التصرفات المذكورة من تزويج الأمة، وكتابةِ رقيق الصغير، لا على إعتاقه على مال، ولا بيعِه من نفسه، ولا تزويجِ عبده.

---

(١) «الأم» للإمام الشافعي (٦٨/٨)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (٢٥١/١٩).

ولا يَملِك المأذونُ شيئًا من ذلك، وعند أبي يوسف: له تزويجُ أَمتِه. وعلى هذا الخلافِ: المضاربُ والشريكُ.

وإن اشتَرَى المكاتبُ قريبَه وِلادًا: دَخَلَ في كتابتِه. ولو اشتَرَى ذا رحمٍ مَحرمٍ غيرَ الوِلاد: لا يَدخُل، خلافا لهما.

(ولا يَملِك) العبد (المأذونُ شيئًا من ذلك) عند الطرفين.

(وعند أبي يوسف: له) أي: للمأذون (تزويجُ أَمتِه).

(وعلى [هذا][1] الخلافِ: المضاربُ والشريكُ) شركةَ عنان ومفاوضة.

لهما: أنهم لا يملكون شيئا مما ذكر، وإنما يملكون التجارة، والتزويجُ والكتابةُ ليسَا منها، وهذا؛ لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والبُضعُ ليس بمال، وكذا المكاتبة؛ لأن المال مقابل بفكِّ الحَجْر في الحال، وهو ليس بمال، فلا يملكونه.

وله: أنهم يملكون تزويج الأمة؛ لأن فيه منفعة على ما بيَّنَّا.

(وإن اشتَرَى المكاتبُ قريبَه وِلادًا: دَخَلَ في كتابتِه)؛ لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن أهلا للعتق، فيجعل مكاتبا معه؛ تحقيقا للصلة بقدر الإمكان، فيدخلون في كتابته تبعا له.

وأقواهم دخولا الولدُ المولود في الكتابة، ثم الولد المشترَى، ثم الوالدان، وعن هذا يتفاوتون في الأحكام؛ فإن الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه، حتى: إذا مات أبوه، ولم يترك وفاء: يسعى على نجوم أبيه، والولدُ المشترَى يؤدي بدل الكتابة حالًا، وإلا: يُردُّ في الرق، والوالدان يُردَّان في الرق كما مات، ولا يُؤدِّيان حالًا ولا مؤجَّلا.

(ولو اشتَرَى) المكاتب (ذا رحمٍ مَحرمٍ غيرَ الوِلاد) كالأخ وابنه والعمِّ وابنه: (لا يَدخُل)، فيجوز له بيعه عند الإمام؛ لأن المكاتب لا ملك له حقيقة إلا أنه يَقدِر على الكسب، فالمكاتب فقير كاسب، وهذه القدرة يكفي للصلة في قرابة الولاد لا في غيرها، ولذا تجب نفقة الأولاد والوالدين على من يقدر على الكسب ولو كان فقيرا، وأما نفقة الأخ والعم: فتجب على الغني، لا على الكاسب الفقير.

(خلافا لهما)، فإنهما قالا: يدخل في كتابته بالشراء، فلا يجوز بيعه؛ لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية، ولذا يَعتق على الحر كل ذي رحم محرم، وتجب نفقتهم عليه، ولا

---

(١) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٥١).

وإن اشتَرَى أمَّ ولدِه مع ولدها: دَخَلَ الولد في الكتابة، ولا تُباع الأمُّ، وإن لم يكن معها: جازَ بيعُها، خلافا لهما. وولدُه من أَمتِه يَدخُل في كتابتِه، وكسبُه له.

يرجع فيما وهَبه لهم، ولا تُقطَع يده إذا سرَق منهم، ونحو ذلك من الأحكام.

وعند **الأئمة الثلاثة**: لو اشترى بلا إذن السيد: لا يكاتب، ولا يصح شراؤه، وبالإذن يصح[(١)].

هذه المسألة تذكر في العتاق، فلو اقتصر على إحداهما: لكان أخصر.

(**وإن اشتَرَى**) المكاتب (**أمَّ ولدِه**) أي: امرأته المنكوحة المملوكة للغير (**مع ولدها**) منه: (**دَخَلَ الولد في الكتابة**)؛ تحقيقا للصلة كما مرَّ، (**ولا تُباع الأمُّ**)؛ لأن الولد لمَّا دخل في كتابته: امتنع بيعه، فتتبعه أمه في امتناع البيع فامتنع بيعها؛ لأنها تبع له، قال ﷺ: «**أعتقَها ولدُها**»[(٢)]، ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه، ولم ينفسخ النكاح؛ لأنه لم يملكها، فجاز له أن يطأها بملك النكاح.

وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها غيرَ أنها لها أن تبيعه كيف ما كان؛ لأن الحرية لم تثبت من جهتها كما في «التبيين»[(٣)].

(**وإن لم يكن**) الولد (**معها**) أي: مع أم الولد: (**جازَ**[(٤)] **بيعُها**)؛ لعدم دخولها في كتابته قياسا عند **الإمام**؛ لأن ما كسبه المكاتب متردد بين أن يؤدي وبين أن يعجز؛ فإن أدى الكل: يتقرر للمولى، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ، هو أمومية الولد.

(**خلافا لهما**)؛ فإن عندهما: لا يجوز بيعها؛ لكونها أم ولده، وبه قال **الشافعي** في قول[١٦٠/ب][(٥)].

(**وولدُه**) أي: ولد المكاتب (**من أَمتِه يَدخُل في كتابتِه**)؛ لأنه بالدعوة ثبُت نسبه منه، فيتبعه في الكتابة، (**وكسبُه**) أي: كسب الولد (**له**) أي: للمكاتب؛ لأنه في حكم مملوكه،

---

(١) «الشرح الكبير» لابن قدامة (٢٥٨/١٩)، و«المدونة» للإمام مالك (٢٥٤/٦)، و«نهاية المطلب» للجويني (٢٤١/١٩).

(٢) سبق تخريجه في «باب عتق البعض».

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٥٩/٥).

(٤) في الأصل: «جازت»، والمثبت من بقية النسخ ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٥) «بحر المذهب» للروياني (٣٨٣/١١).

ولو زَوَّجَ أَمتَه من عبده، ثم كاتَبَهما، فوَلَدتْ: يَدخُل الولد في كتابة الأُمِّ، وكسبُه لها.

ولو نكَحَ مكاتبٌ بالإذن امرأةً زَعمتْ أنها حرّةٌ، فوَلَدتْ، فاستُحِقَّت: فولدُها عبدٌ. وعند محمد: حُرٌّ، وتُؤخَذ منه ....

وكان كسبه له، وكذا المكاتبة إذا ولدت ولدا: فالحكم كما سبق.

(ولو زَوَّجَ) المكاتب (أَمتَه من عبده، ثم كاتَبَهما) أي: كاتب المكاتب العبد والأمة، (فوَلَدتِ) الأمة: (يَدخُل الولد في كتابة الأُمِّ، وكسبُه) أي: كسب الولد (لها) أي: للأم؛ لأن تبعية الأم أرجح، ولهذا يتبعها في الحرية والرق كما مرَّ في العتاق، حتى: لو قتل الولد: تكون قيمته للأم دون الأب.

(ولو نكَحَ) أي: تزوَّج (مكاتبٌ بالإذن) أي: بإذن المولى (امرأةً زَعمتْ أنها حرّةٌ، فوَلَدتْ) من المكاتب، (فاستُحِقَّت) أي: ثم استحقت بولدها: (فولدُها عبدٌ)، وكذا إن ولدت من عبد: فولدها عبدٌ عند **الشيخين**؛ لكونه مولودا من المملوكين، فيكون رقيقا؛ إذ الولد يتبع الأم في الرق والحرية كما مرَّ مرارا، وهو **القياس**، وتركنا هذا في ولد الحر بإجماع الصحابة ﷺ؛ لأن حق المولى مجبور بقيمة واجبة في الحال، بخلاف ولد المكاتب والعبد؛ لأن قيمته متأخرة إلى العتق.

هكذا ذكروا هنا، لكن في «التبيين»: هذا مشكل جدا؛ فإن دين العبد إذا لزمه بسببٍ أَذِن فيه المولى: يظهر في حق المولى، ويطالب به للحال، والموضوع هنا مفروض فيما إذا كان بإذن المولى، وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوُّج بغير إذن المولى؛ لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى، فلا يلزم المهر ولا قيمة الولد في الحال[1]، انتهى.

لكن يمكن الجواب بأنه ليس فيه دينٌ كسائر الديون حتى يُقاس عليه؛ لأن المولى أَذِن بالتزوُّج المقيَّد بكونها حرة لا مطلقا، فالمغرور حينئذ هو العبد، فلا يوجب أن يَلزم على المولى ما يَلزم على العبد عند كون ابنه حرا؛ لأن الغُرْم بالغُنْم، ولا غنم للمولى حتى يجب الضمان، ولأن ولد المكاتب ليس في معنى الحر؛ لأنه خُلِق من ماء الرقيق، وولد الحر خُلِق من ماء الحر، فافترقا من هذا الوجه، فلا يلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة، تدبَّر.

(وعند محمد)، وزفر، **والأئمة الثلاثة**[2]: (حُرٌّ) بالقيمة، (وتُؤخَذ منه) أي: من المكاتب

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٦٠).

(٢) «شرح التلقين» للمازري (٣/٢/٣٢٤).

قيمتُه بعد عتقِه.

وإن وَطِئَ المكاتَبُ أمةً بملكٍ بغير إذنِ سيِّدِه، فاستُحِقَّت: أُخِذَ منه عُقرُها في الحال. وكذا إن شرَاها فاسدًا، فوَطِئَها، فرُدَّتْ. وإن وَطِئَها بنكاح: لا يُؤخَذ منه إلا بعد عتقِه. ......

(**قيمتُه**) أي: قيمة الولد (**بعد عتقِه**)؛ لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق، وهو الغرور؛ فإنه لم يرغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد، فيلحق بولد الحر المغرور إلا أن قيمته تطالب بعد العتق كما في أكثر الكتب[1].

لكن في «التبيين»: ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال إذا كان التزوج بإذن المولى، وإن كان بغير إذنه: يعطيها بعد العتق، ثم يرجع هو بما ضَمِن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إن كانت هي الغارة له[2]، انتهى.

فعلى هذا يلزم المصنف التفصيل، تتبَّعْ.

(**وإن وَطِئَ المكاتَبُ أمةً بملكٍ**) أي: إذا اشترى المكاتب، فوطئها (**بغير إذنِ سيِّدِه**)، وإنما اقتصر بغير إذنه مع أن المسألة على حالها مع الإذن؛ ليُفهَم منه ما إذا كان بإذنه بالطريق الأولى، (**فاستُحِقَّت**) أي: الأمة: (**أُخِذَ منه**) أي: من المكاتب (**عُقرُها في الحال**) من غير تأخير إلى العتق.

(**وكذا إن شرَاها**) أي: شرى المكاتب أمة شراء (**فاسدًا، فوَطِئَها، فرُدَّتْ**) بحكم الفساد: أُخِذ منه عقرها في الحال أيضا من غير تأخير إلى العتق.

(**وإن وَطِئَها**) أي: المكاتب الأمة (**بنكاح**) بأن تزوَّجها بغير إذن المولى، فاستُحِقَّت: (**لا يُؤخَذ منه**) العقر (**إلا بعد عتقِه**) بالإجماع.

والفرق: أن في الوجهين الأولين ظهَر الدين في حق المولى؛ لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة، والعقر من توابعها، وفي الوجه الثاني لم يظهر؛ لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء، فلا تنتظمه الكتابة، فلا يظهر في حق المولى كما في أكثر الكتب[3].

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٥٦)، و«العناية» للبابرتي (٩/١٨٣)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٧).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٦٠).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٥٧)، و«مجمع الضمانات» للغزنوي (ص: ١/٤٣٩)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٧).

ومثلُه المأذونُ في التجارة.

فصل: وإذا وَلَدتِ المكاتبة من مولاها: مَضَتْ على الكتابة أو عجَّزتْ نفسَها، وهي أمُّ ولدِه...

وقال صدر الشريعة: ولقائل أن يقول: إن العقر ثبت بالوطء لا بالشراء، والإذن بالشراء ليس إذنا بالوطء، والوطءُ ليس من التجارة في شيء، فلا يكون العقر ثابتا في حق المولى[(١)]، انتهى.

وقال يعقوب باشا: هذا القول ليس بظاهر؛ لأن وجوب العقر مبنيٌّ على سقوط الحد، وسقوطُه مبنيٌّ على الملك، والملكُ مبنيٌّ على الشراء وهو مأذون فيه، فيكون مأذونا فيما سبق فيما يتعلق به[(٢)]، انتهى.

لكن الإذن بالشيء إنما يكون إذنا بما يتعلق به إذا كان ما يتعلق به من لوازمه، والوطءُ يس كذلك، فالأظهر: أن الوطء وإن لم يكن من التجارة في شيء لكن سببه الذي هو الشراء منها، وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم، تأمَّلْ.

(**ومثلُه**) أي: مثل المكاتب في الحكم المذكور (**المأذونُ** له (**[في]**[(٣)] **التجارة**).

قيل: هذا إذا كانت الأمة المنكوحة ثيبا، أما لو كانت بكرا: يؤخذ بالعقر حالا، وكذا لو نكحها بإذن مولاه: يؤخذ بالمهر في الحال[١٦١/أ].

(فصل)

[في كتابة أم الولد والمدبر وغيرها]

(**وإذا وَلَدتِ المكاتبة من مولاها**): فلها الخيار؛ إن شاءت: (**مَضَتْ على الكتابة أو**) إن شاءت: (**عجَّزتْ**) -من «التعجيز»- (**نفسَها**) -مفعول: «عجزت»-؛ لأنه تلقَّتْها جهتا حرية: عاجلة ببدل وهي الكتابة، وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد، فتختار أيهما شاءت، (**وهي**) أي: المكاتبة (**أمُّ ولدِه**)؛ سواء صدَّقته إذا ادعى أو كذَّبته؛ لأن للمولى حقيقة الملك في رقبتها، ولها حق الملك، والحقيقة راجحة، فثبت من غير تصديق، بخلاف ما إذا ادَّعى ولد

---

(١) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٩/٥).

(٢) «حاشية الوقاية» ليعقوب باشا (١١٧/أ).

(٣) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٥٢/٢).

وإذا مَضَتْ على الكتابة: أَخَذَتْ منه عُقرَها. وإن ماتَ المولى: عتَقَتْ وسَقَطَ عنها البدلُ، وإن ماتَتْ وتَرَكَتْ مالا: أُدِّيتْ منه كتابتُها، وما بَقِيَ ميراثٌ لابنِها. ولا يَثْبُت نَسَبُ من تَلِدُه بعده بلا دِعوةٍ، بل هو مثلُها في الحكم. ....

جارية المكاتب: حيث لا يثبت النسب من المولى إلا بتصديق المكاتبة، بخلاف ما إذا ادَّعى جارية ابنه: يثبت نسبه بمجرد الدعوى، ولا يحتاج إلى تصديق الابن.

(**وإذا مَضَتْ على الكتابة**)، يعني: إذا اختارت الكتابة، ومضت عليها: (**أَخَذَتْ**) أي: أم الولد (**منه**) أي: من مولاه (**عُقرَها**) أي: مهر مثلها؛ لأنها مختصة بنفسها بالكتابة، فصار المولى كالأجنبي في حق نفسها.

(**وإن ماتَ المولى**) بعد مضيها على الكتابة: (**عتَقَتْ**) بالاستيلاد، (**وسَقَطَ عنها البدلُ**)؛ لأن كتابتها بطلت، وانتفت الفائدة في إبقائها؛ لأنها تعتق مجانا من جهة كونها أم ولد.

(**وإن ماتَتِ**) المكاتبة، (**وتَرَكَتْ مالا: أُدِّيتْ منه**) أي: من المال (**كتابتُها، وما بَقِيَ**) من المال: (**ميراثٌ لابنِها**)؛ لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها، وإن لم تترك مالا: فلا سعاية على هذا الولد؛ لأنه حرٌّ.

قيل[1]: لو قال: «لولدها»: لكان أشمل للبنت، انتهى.

لكن الابن يأخذ جميع المال، وليست البنت كذلك؛ لأنها تأخذ النصف، والنصفُ الآخر للمولى، ومراد المصنف ما يأخذ الجميع وهو الابن فقط؛ لأنه قال: «وما بقي»؛ أي: مجموع ما بقي، تأمَّلْ.

(**ولا يَثْبُت نَسَبُ من تَلِدُه بعده**) أي: بعد الولد الأول (**بلا دِعوةٍ، بل هو مثلُها**) أي: مثل أم الولد (**في الحكم**)؛ لحرمة وطئها عليه.

وولدُ أم الولد إنما يثبت نسبه من غير دعوة إذا لم يحرم على المولى وطؤها، وإن حرم: فلا يلزمه، حتى: إذا عجَّزت نفسها، وولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز: ثبت نسبه من غير دعوة إلا إذا نفاه صريحا كسائر أمهات الأولاد، ولو لم يدَّع الولد الثاني، وماتت من غير وفاء: سعى هذا الولد في بدل الكتابة؛ لأنه مكاتب تبعا لها، ولو مات المولى بعد ذلك: عتَق، وبطلت عنه السعاية؛ لأنه في حكم أمه.

---

(١) قائله: صاحب «الفرائد». (داماد، منه).

وإن كاتَبَ مدبَّرَه أو أمَّ ولدِه: صحَّ. فإن مات: عَتَقتْ مجَّانًا، والمدبَّرُ يَسعَى في بدلِ كتابتِه أو ثُلُثَي قيمتِه إن كان مُعسِرا. وعند أبي يوسف: يَسعَى في الأقلِّ من البدل أو ثُلُثَي قيمته. وعند محمد: يَسعَى في الأقلِّ من ثُلُثَي البدلِ أو ثُلُثَي القيمةِ.

وإن دَبَّرَ مكاتبَه: صحَّ ومَضَى عليها، أو عَجَّزَ نفسَه وصار مدبَّرًا. ....

(**وإن كاتَبَ**) شخص (**مدبَّرَه أو أمَّ ولدِه: صحَّ**) ما فعله من الكتابة؛ لقيام الملك فيهما وإن كانت أم الولد غير متقومة عند **الإمام**، (**فإن مات**) المولى: (**عَتَقتْ**) أم الولد المكاتبة (**مجَّانًا**) أي: بغير شيء؛ لأنها عتقت بالاستيلاد، والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل، ويسلم لها الأولاد والأكساب؛ لأنها عتقت وهي مكاتبة، وملكُها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه، فصار كما إذا أعتقها المولى في حال حياته.

(**والمدبَّرُ**) المكاتب (**يَسعَى**) بعد موت المولى (**في**) جميع (**بدلِ كتابتِه**) إن شاء، (**أو**) سعى (**ثُلُثَي قيمتِه إن كان**) المولى يموت (**مُعسِرا**) عند **الإمام**؛ لأنه استحق حرية الثلث ظاهرا، فالإنسان لا يلتزم المال في مقابلة ما يستحق حريته مجانا، فيبقى البدل جميعا في مقابلة ثلثي الرقبة؛ كما: إذا طلَّق امرأته ثنتين، ثم طلَّقها ثلاثا على ألف: يصير كل الألف في مقابلة الواحدة الباقية، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة؛ لأن البدل يُقابَل بكل الرقبة لا بثلثيها؛ إذ لا استحقاق عند عقد الكتابة في شيء من الحرية.

(**وعند أبي يوسف: يَسعَى في الأقلِّ من البدل أو**) من (**ثُلُثَي قيمته**)؛ لكون الأقل نافعا.

(**وعند محمد: يَسعَى في الأقلِّ من ثُلُثَي البدلِ أو**) من (**ثُلُثَي القيمةِ**)؛ لأن المدبر يَعتق ثلث رقبته مجانا، فتسقط حصته من بدل الكتابة كما تسقط من قيمته، فيبقى الثلثان من البدل، فصار الاختلاف بينهم في الخيار وفي المقدار؛ لأن **أبا يوسف** مع **الإمام** في المقدار، ومع **محمد** في نفي الخيار، فالخيار عند **الإمام** فرع التجزؤ، وعدم الخيار عندهما لعدم التجزؤ؛ لِما بُيِّن في موضعه.

وإنما وضع المسألة في العسر؛ لأنه إن كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث: عتق، وبطل كتابته[١٦١/ب].

(**وإن دَبَّرَ**) المولى (**مكاتبَه: صحَّ**) التدبير بالإجماع؛ لأنه يملك تنجيز العتق فيه، فيملك التعليق بشرط الموت، (**ومَضَى عليها**) أي: على الكتابة إن شاء، (**أو عَجَّزَ**) -من «التعجيز»- (**نفسَه، وصار مدبَّرًا**)؛ لأن الكتابة عقد غير لازم في حق العبد وإن كان لازما في حق المولى.

فإن مَضَى عليها، فمات سيِّدُه مُعسِرا: سَعَى في ثُلُثَيِ البدلِ أو ثُلُثَيِ قيمتِه. وعندهما: يَسعَى في الأقلِّ من ثُلُثَيْ كلٍّ منهما.

وإن أَعتَقَ مكاتبَه: عَتَقَ، وسَقَطَ عنه بدل الكتابة.

وإن كُوتِبَ على ألفٍ مؤجَّلٍ، فصالَحَ على نصفه حالاً: صحَّ.

وإن مات مريضٌ كاتَبَ عبدَه قِيمتُه ألفٌ على ألفَيْن إلى سنة، ولا مالَ له غيرُه، ولم تُجِزِ الورثةُ: أدَّى العبدُ ثُلُثَيِ البدل حالاً والباقيَ إلى أجله، أو يُردُّ..........

(**فإن مَضَى عليها**) أي: على الكتابة، (**فمات سيِّدُه**) حال كونه (**مُعسِرا: سَعَى**) المدبر (**في ثُلُثَيِ البدلِ أو**) في (**ثُلُثَيِ قيمتِه**) عند **الإمام**؛ لأن الإعتاق متجزئ، فيسقط من بدل الكتابة الثلث، فيختار منهما ما شاء.

(**وعندهما: يَسعَى في الأقلِّ من ثُلُثَيْ كلٍّ منهما**)؛ لأن العاقل يختار أقل الدينين ضرورة.

فالخلاف في الخيار مبنيٌّ على تجزؤ الإعتاق وعدم تجزئه، أما المقدار هنا: فمتفق عليه.

(**وإن أَعتَقَ مكاتبَه: عَتَقَ**)؛ لقيام الملك فيه، (**وسَقَطَ عنه بدل الكتابة**)؛ لأنه التَزَمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه.

(**وإن كُوتِبَ**) العبد (**على ألفٍ مؤجَّلٍ، فصالَحَ على نصفه حالاً: صحَّ**) الصلح.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأنه اعتياض بالمال الحال عن الآجل، وهو ليس بمال والدينُ مال، فكان ربا، وبه قال **أبو يوسف** و**زفر** و**الشافعي** و**مالك** كما في «عيون المذاهب»[١].

وجه الاستحسان: أن الأجل في حق المكاتب مالٌ من وجه؛ لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالأجل دون وجه آخر، وبدلُ الكتابة ليس بمال من وجه حيث لا تجوز الكفالة به دون وجه آخر، فاستويا في كونهما مالا وغير مال.

(**وإن مات مريضٌ**) وهو الذي قد كان (**كاتَبَ عبدَه**[٢] **قِيمتُه ألفٌ**)، فكاتبه (**على ألفَيْن إلى سنة، ولا مالَ له**) أي: للمريض (**غيرُه**) أي: غير العبد، (**ولم تُجِزِ الورثةُ**) ذلك: (**أدَّى العبدُ**) المكاتبُ (**ثُلُثَيِ البدل حالاً و**) أدَّى (**الباقيَ إلى أجله**) أي: عند انتهاء أجله، (**أو يُردُّ**[٣]

---

(١) «عيون المذاهب» للكاكي (ص: ٤٣٤)، و«المهمات» للإسنوي (٩/٤٩٥).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «عبدا».

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «رد».

رقيقًا. وعند محمد: يُؤدِّي ثُلُثَي قيمتِه للحالِّ والباقيَ إلى أجله، أو يُردُّ رقيقا. وإن كاتَبه على ألف وقيمتُه ألفان، ولم يُجِيزوا: أدَّى ثُلُثَي القيمةِ للحالِّ، أو رُدَّ إلى الرق اتفاقا. ومثلُها البيعُ.

وإن كاتَبَ حرٌّ عن عبدٍ بألف، وأدَّى عنه: عَتَقَ، ولا يَرجِع به عليه،........................

رقيقًا) عند الشيخين؛ لأن جميع المسمى بدل الرقبة، وحق الورثة متعلق بجميع المبدل، فيصير متعلقا بكل البدل، ولذا يكون عتقُه متعلقا بأداء الكل، فلا يجوز في قدر الثلثين منه.

(**وعند محمد**): إن شاء: (**يُؤدِّي ثُلُثَي قيمتِه**) وهي ألف (**للحالِّ، والباقيَ إلى أجله، أو يُردُّ رقيقا**)؛ لأن المريض ليس له التأجيل في ثلثي القيمة؛ إذ لا حق له فيه، وأما في الزيادة: فيجوز الترك، فيصح التأخير.

(**وإن كاتَبه على ألف**) إلى سنة، (**وقيمتُه ألفان، ولم يُجِيزوا**) أي: الورثة: (**أدَّى ثُلُثَي القيمةِ للحالِّ، أو رُدَّ إلى الرق اتفاقا**)، يعني: أنه يُخيَّر بين الأمرين؛ لأن المحاباة هنا حصلت في القدر والتأخير، فاعتُبِر الثلث فيهما؛ أي: يصح تصرفه في ثلثي القيمة؛ لا في حق الإسقاط، ولا في التأخير كما في «المنح»[1].

(**ومثلُها**) أي: مثل الكتابة (**البيعُ**)، يعني: إذا باع المريض داره بألفين إلى سنة وقيمتُها ألف، ثم مات، ولم تُجِز الورثة: **فعندهما** يقال للمشتري: «أدِّ ثلثي جميع الثمن حالاً والثلثَ إلى أجله، وإلا: فانقُضْ البيع»، وعنده: يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه كما في «الهداية»[2].

(**وإن كاتَبَ حرٌّ عن عبدٍ بألف، وأدَّى**) الحر الألف (**عنه: عَتَقَ، ولا يَرجِع**) الحر (**به**) أي: بالألف (**عليه**) أي: على العبد؛ لكونه متبرعا؛ إذ لم يأمره بذلك.

صورة المسألة: أن يقول الحر لمولى العبد: «كاتِبْ عبدك على ألف درهم»؛ سواء شرَط العتق بأدائه بأن قال: «إن أدَّيتُ إليك: فهو حر» أو لم يقل ذلك، فكاتب المولى، ثم أدَّى الحرُّ الألف: يَعتِق في الصورتين؛ أما في الأولى: فبحكم الشرط، وأما في الثانية: فلعدم توقف الكتابة المزبورة على قبول الغائب فيما ينفعه -وهو: صحة أداء الحر القابل بعقد الكتابة- **استحسانا**، وفي **القياس**: لا يعتق؛ لأن الشرط معدوم، والعقد موقوف على قبول العبد الغائب فيما يضره -وهو: وجوب البدل عليه-، والموقوف لا حكم له[١٦٢/أ].

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٤١/ب).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٥٩).

وإن قَبِلَ العبد: فهو مكاتَبٌ.

وإن كاتَبَ عبدا عن نفسه وعن آخرَ غائبٍ، فقَبِلَ: صحَّ. وقبولُ الغائبِ وردُّه لغوٌ، ويُؤخَذ الحاضر بكلِّ البدل، ولا يُؤخَذ الغائبُ بشيء. وأيُّهما أدَّى: أُجبِر المولى على القبول.

(**وإن قَبِلَ العبد**) حين بلوغ الكلام إليه قبل أداء الحر: (**فهو**) أي: العبد (**مكاتَبٌ**)؛ لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته، وقبولُه إجازة.

وإنما قلنا: «قبل أدائه»؛ لأنه إن قَبِل بعد أداء الحر: فلا يكون في حكم المكاتب؛ لوجود الحرية.

قيل: إن قال العبد: «لا أَقبَلُه»، ثم أدَّى القابل: لا يعتق؛ لأن العقد ارتدَّ بردِّه.

(**وإن كاتَبَ**) المولى (**عبدا عن نفسه وعن آخرَ غائبٍ**) بأن قال الحاضر لمولاه: «كاتِبْني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب»، فكاتَبهما، (**فقَبِلَ**) العبد الحاضر: (**صحَّ**) عقد الكتابة.

والقياس: أن لا يجوز إلا عن نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب؛ لعدم الولاية عليه.

وجه الاستحسان: أن الحاضر أضاف العقد إلى نفسه ابتداء، فجعل نفسه أصيلا والغائب تبعا، فيصح؛ كأمةٍ كُوتِبت: دخل أولادها تبعا حتى عتقوا بأدائها، ولا يلزم عليهم من البدل شيء.

(**وقبولُ الغائبِ وردُّه لغوٌ**)؛ إذ لا يتوقف في حقه، (**ويُؤخَذ الحاضر بكلِّ البدل**)؛ لأن كل البدل عليه، (**ولا يُؤخَذ الغائبُ بشيء**) من البدل؛ لكون العقد نافذا على الحاضر.

ولو اكتسب الغائب شيئا: ليس للمولى أن يأخذه، وليس له أن يبيعه من غيره، ولو أبرأه المولى أو وهَبه مال الكتابة: لا يصح؛ لعدم وجوبه عليه، ولو أبرأ الحاضرَ أو وهَبه له: عتَقَا جميعا، ولو أعتق الغائبَ: سقط عن الحاضر حصته من البدل، وإن أعتق الحاضرَ أو مات: سقطت حصة الحاضر، وأدَّى الغائبُ حصته حالاً، وإلا: رُدَّ قِنًّا.

(**وأيُّهما**) أي: أيُّ واحد من الاثنين -وهما: الحاضر والغائب- (**أدَّى**) بدل الكتابة: (**أُجبِر المولى على القبول**) أي: على قبول المدفوع إليهم؛ أما الحاضر: فلأن البدل عليه، وأما الغائب: فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه، وصار كمعير الرهن إذا

وعَتَقَا، ولا يَرجِع أحدهما على الآخر. وكذا لو كاتَبَهما معا. ولا يَعتِق أحدهما بأداءِ حِصَّتِه، بخلافِ ما لو كانَا لاثنَيْن. ولو عَجَزَ أحدهما، ثم أدَّى الآخَرُ الكلَّ: عَتَقَا.

وإن كاتَبَتْ أمةٌ عنها وعن صغيرَيْن لها: جازَ، وأيٌّ أدَّى: أُجبِر المولى على القبول، وعَتَقوا، ولا يَرجِع على غيره.

أدَّى الدين: يجبر المرتهن على القبول؛ لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه، (**وعَتَقَا**) أي: الحاضر والغائب جميعا؛ لوجود شرط حقهما وهو: أداء بدل الكتابة، (**ولا يَرجِع أحدهما على الآخر**) بما أدَّى إلى المولى من بدل الكتابة؛ أما الحاضر: فلأنه قضى دينا عليه، وأما الغائب: فلأنه أدَّى بغير أمره.

(**وكذا لو كاتَبَهما معا**) أي: لو كاتب عبدَيْه كتابة واحدة؛ إن أدَّيَا: عتَقا، وإن عجَزَا: رُدَّا إلى الرق، ولا يعتقان إلا بأداء الجميع؛ لأن الكتابة واحدة، وشرطُها فيهما معتبر، وأيهما أدَّى: أُجبِر المولى على القبول وعتَقَا.

(**ولا يَعتِق أحدهما بأداءِ حِصَّتِه**)؛ لأنهما كشخص واحد، (**بخلافِ ما لو كانَا**) أي: العبدين (**لاثنَيْن**) أي: لرجلين، وكاتَبَاهما كذلك، فكل واحد منهما مكاتب لحصته يعتق بأدائها؛ لأن كل واحد من السيدين إنما استوجب البدل على مملوكه، ويعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن شرطه معتبر في حقهما؛ لأنهما مملوكاه كما في «الاختيار»[1].

(**ولو عَجَزَ أحدهما**) في المسألة الأولى، فرُدَّ إلى الرق إما بتصالحهما أو ردِّه القاضي ولم يعلم الآخر، (**ثم أدَّى الآخَرُ الكلَّ: عَتَقَا**) جميعا؛ لِما مرَّ: أنهما كشخص واحد.

ولو ذكر هذه المسألة عقيب الأولى: لكان أوضح وأنسب، تدبَّرْ.

(**وإن كاتَبَتْ أمةٌ عنها وعن**) ولدين (**صغيرَيْن لها: جازَ**) العقد استحسانا إذا قَبِلت الأمة، (**وأيٌّ**) واحد من الثلاثة -وهم: الأم، والابنان- (**أدَّى: أُجبِر المولى على القبول، وعَتَقوا**)؛ لأنها جعَلت نفسَها أصلا في الكتابة وأولادَها تبعا، ولو أعتق المولى الأم: بقي عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يُؤدِّيانه في الحال، فيُطالِب المولى الأمَّ بالبدل دونهما، ولو أعتقهما: سقط عنها حصتهما، وعليها الباقي على نجومها كما مرَّ في كتابة الحاضر والغائب، (**ولا يَرجِع على غيره**) بشيء؛ لكونه منتفعا بالأداء، ومتبرعا في حق الغير[١٦٢/ب].

---

(١) «الاختيار» للموصلي (٤٠/٤).

باب كتابةِ العبدِ المشترَكِ: ولو أَذِنَ أحد الشريكَيْن في عبدٍ للآخَر أن يُكاتِب حصَّتَه منه بألف ويَقبِض البدل، ففعَلَ وقَبَضَ البعض، فعَجَزَ المكاتَبُ: فالمقبوضُ للقابِض خاصَّةً. وقالا: بينهما.

أمةٌ لرجلَيْن كاتَبَاها، فأتَتْ بولد فادَّعاه أحدهما، ثم أَتَتْ بآخَر فادَّعاه الآخَر، فعَجَزتْ: فهي أمُّ ولدِ الأولِ، ....

(باب كتابةِ العبدِ المشترَكِ

بين الاثنَيْن

ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك؛ لأن الاشتراك خلاف الأصل، ولأن المشترك من غيره كالمركب من المفرد.

(**ولو أَذِنَ أحد الشريكَيْن**[1] **في عبدٍ للآخَر أن يُكاتِب حصَّتَه منه**) [أي][2]: من العبد (**بألف**) درهم، (**ويَقبِض البدل**) أي: بدل الكتابة، (**ففعَلَ**) المأذون؛ أي: كاتب الشريك المأذون، (**وقَبَضَ البعض**) أي: بعض البدل، (**فعَجَزَ المكاتَبُ**) عن أداء باقيه: (**فالمقبوضُ**) من البدل (**للقابِض خاصَّةً**) عند الإمام؛ لأن الكتابة متجزئة على قوله؛ لإفادتها الحرية يدا، فيكون مقتصرا على نصيبه، ودالاً على إذن للعبد بالأداء إليه، فيكون متبرعا في نصيبه على القابض، فيكون كل المقبوض له.

(**وقالا**): هو مكاتب (**بينهما**)، وما أدّى: فهو بينهما؛ لأن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل؛ لأن الكتابة لا تتجزأ عندهما كالحرية، فيكون القابض أصيلا في بعض مقبوضه، ووكيلا في بعضه لشريكه، فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما كان مشتركا قبل العجز.

(**أمةٌ**) مشتركةٌ (**لرجلَيْن كاتَبَاها، فأتَتْ بولد فادَّعاه أحدهما**) أي: ادعى أحد الشريكين الولد، (**ثم أَتَتْ بآخَر**) أي: بولد آخر، (**فادَّعاه**) الشريك (**الآخَر، فعَجَزتِ**) الأمة عن أداء البدل: (**فهي**) أي: الأمة (**أمُّ ولدِ**) الشريك (**الأولِ**)؛ لأن دعوته صحيحة؛ لقيام ملكه وكونِ استيلاده غير متجز، إلا أن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك، فتقصر أُمُوميَّة الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة، وكذا دعوة الآخر صحيحة في ولدها الثاني ما دامت الأمة باقية على الكتابة؛ لقيام ملكه.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «شريكين» بدون لام التعريف.

(٢) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٥٤).

وضَمِنَ نصفَ قيمتِها ونصفَ عُقْرِها، وضَمِنَ الثاني تمامَ عُقْرِها وقيمةَ الولدِ وهو ابنُه، وأيُّهما دَفَعَ العُقرَ إليها قبْلَ العجزِ: جاز. وعندهما: لا يَثْبُت نسَبُ الولدِ من الثاني، ولا يَضمَن قيمتَه، وحكمُه كأُمِّه، ويَضمَن تمامَ العُقرِ. ويَضمَن الأولُ نصفَ قيمتِها مكاتبةً عند أبي يوسف، والأقلَّ منه ومن نصفِ ما بَقِيَ من البدل ....

ثم إن الكتابة لمَّا جعلت كأن لم تكن بسبب العجز: وقع وطء الآخر حقيقة في أم ولد الغير، وظهر أن كل الأمة أم ولد للأول؛ لزوال الكتابة المانعة من الانتقال، ولتقدُّم وطئه.

(**وضَمِنَ**) الأولُ للثاني (**نصفَ قيمتِها**)؛ لأنه تملَّك نصيبه لمَّا استكمل الاستيلاد، (و) ضَمِن (**نصفَ عُقْرِها**)؛ لوطئه جارية مشتركة، (**وضَمِنَ الثاني**) للأول (**تمامَ عُقْرِها**)؛ لأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة، (و) ضَمِن (**قيمةَ الولدِ**) الثاني (**وهو**) أي: الولد الثاني (**ابنُه**) أي: ابن الثاني؛ لأنه بمنزلة المغرور؛ لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا، وولد المغرور ثابتٌ النسب منه وحرٌّ بالقيمة كما عُرِف في موضعه.

(**وأيُّهما**) أي: أيُّ واحد من الشريكين (**دَفَعَ العُقرَ إليها**) أي: إلى المكاتبة (**قبْلَ العجزِ: جاز**) دفعه؛ لأنه حقها حال قيام الكتابة؛ لاختصاصها بنفسها، فإذا عجزت: ترد إلى المولى؛ لأنه ظهر اختصاصه بها.

هذا كله عند الإمام.

(**وعندهما**): كل الأمة أم ولد للأول حين ادعائه؛ لأن تكميل أمومية الولد واجب بالاتفاق فيما أمكن؛ بناء على أن استيلاد المكاتبة غير متجزٍّ، والتكميل ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة، فينتقل نصيب الثاني إلى الأول كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز، و(**لا يَثْبُت نسَبُ الولدِ**) الثاني (**من الثاني**)؛ لأن وطء الثاني صادَف أمَّ ولد الغير، فلا يثبت نسب الولد منه، (**ولا يَضمَن**) الثاني (**قيمتَه**) أي: قيمة الولد، ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة، وهي شبهة أنها مكاتبة بينهما، (**وحكمُه**) أي: حكم الولد (**كأُمِّه**)، يعني: يكون تابعا لأمه في الاستيلاد، (**ويَضمَن تمامَ العُقرِ**)؛ لأن الحد لا يَعرى عن إحدى الغَرامتين، والحد مندرئ للشبهة، فتحقق الغرامة[١٦٣/أ].

(**ويَضمَن الأولُ**) للآخر (**نصفَ قيمتِها مكاتبةً عند أبي يوسف**)؛ لأنه يملك نصيب شريكه وهي مكاتبة؛ سواء كان موسرا أو معسرا؛ لأنه ضمان التملك.

(و) يضمن (**الأقلَّ منه**) أي: من نصف قيمتها، (**ومن نصفِ ما بَقِيَ من البدل**) أي: بدل

عند محمد. ولو لم يَطَأِ الثاني، بل دَبَّرَها، فعَجَزتْ: بَطَلَ التدبير، وهي أمُّ ولدِ الأولِ، والولدُ له، وضَمِنَ نصفَ قيمتِها ونصفَ عُقرِها.

ولو أَعتَقَها أحدهما مُوسِرا، فعَجَزتْ: ضَمِنَ المُعتِق نصفَ قيمتِها، ويَرجِع به عليها، خلافا لهما. وإن لم تُعجِّز: فلا ضمان، وعندهما: يَضمَن المُوسِر، وتجب السعايةُ في المُعسِر.

الكتابة (عند محمد)؛ لأن حق الآخر في نصف الرقبة نظرا إلى العجز، وفي نصف البدل نظرا إلى الأداء، فللتردُّد يلزم أقلهما لتيقُّنه.

وإذا انفسخت الكتابة في حصة الشريك عندهما قبل العجز: فكلُّها مكاتبة للأول بنصف البدل عند الشيخ أبي منصور، وبكل البدل عند عامة المشايخ.

(**ولو لم يَطَأِ الثاني**) الأمةَ المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الأول، (**بل دَبَّرَها، فعَجَزتْ**) عن الكتابة: (**بَطَلَ التدبير**) بالاجماع؛ لأن الأول تملَّك نصيب شريكه بالعجز من وقت وطئه على مذهب الإمام، أو تملَّك كلها بالاستيلاد قبل العجز على مذهبهما، فالتدبير يقع في ملك غيره، (**وهي**) أي: الأمة (**أمُّ ولدِ الأولِ**)؛ لزوال الكتابة المانعة بالعجز، وللزوم استكمال الاستيلاد، (**والولدُ له**) أي: للأول؛ لصحة دعوته، (**وضَمِنَ**) الأول لشريكه (**نصفَ قيمتِها**)؛ لتملُّكه بالاستيلاد، (**ونصفَ عُقرِها**)؛ لوقوع الوطء في المشتركة.

(**ولو أَعتَقَها أحدهما**) أي: أعتق أحد الشريكين الأمة المكاتبة المشتركة حال كونه (**مُوسِرا، فعَجَزتْ**) عن الكتابة: (**ضَمِنَ المُعتِق**) لشريكه (**نصفَ قيمتِها، ويَرجِع**) المعتق (**به**) أي: بما ضَمِنه (**عليها**) أي: على الأمة؛ لأن الساكت عن التحرير يضمن المحرر، وهو أيضا يضمنها عند الإمام.

(**خلافا لهما**) أي: قالا: لا يرجع عليها؛ إذ بالعجز صارت كأنها لم تزل عن القنة.

وهذا الخلاف على ما مرَّ: أن الساكت إذا ضمن المعتق: يرجع عنده، لا عندهما.

(**وإن لم تُعجِّز**) الأمة عن أداء البدل حال كون المعتق موسرا: (**فلا ضمان**) عند الإمام؛ إذ بالإعتاق لم يتغير نصيب الساكت؛ بناء على أن الإعتاق متجزٍّ عنده وهي مكاتبة قبل الإعتاق.

(**وعندهما: يَضمَن المُوسِر، وتجب السعايةُ في المُعسِر**)؛ لأن الإعتاق لمَّا كان لا يتجزَّأ عندهما: يعتق الكلُّ؛ فإن كان المعتق موسرا: يضمن للساكت قيمة نصيبه من المكاتبة، وإن كان معسرا: تسعى الأمة؛ لأن ضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار كما بُيِّن في موضعه.

ولو دَبَّرَ أحدُ الشريكَيْن، ثم أَعتَقَ الآخَر مُوسِرا: ضَمَّنَه المُدبِّر أو استَسْعَى العبدَ أو أَعتَقَه، وإن عكَسَا: فالمُدبِّر يُعتِق أو يَستسعِي. وعندهما: إن دَبَّرَ الأولُ: ضَمِنَ نصفَ قيمتِه مُوسِرا أو مُعسِرا، وعِتقُ الآخَر لغوٌ، وإن أَعتَقَ الأولُ: ضَمِنَ لو مُوسِرا، واستَسْعَى العبدَ لو مُعسِرا، وتدبيرُ الآخَر لغوٌ.

باب العجز والموت: ....

(**ولو دَبَّرَ أحدُ الشريكَيْن، ثم أَعتَقَ الآخَر**) حال كونه (**مُوسِرا: ضَمَّنَه المُدبِّر**) -بكسر الباء-، يعني: للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته إن شاء، (**أو استَسْعَى العبدَ أو أَعتَقَه**) أي: خُيِّر المدبِّر بين الثلاثة عند الإمام.

(**وإن عكَسَا**) أي: إن أعتقه أحد الشريكين، ثم دبَّره الآخر: (**فالمُدبِّر**) -بالكسر- (**يُعتِق أو يَستسعِي**)، ولا يضمن عند الإمام.

ووجهه: أن التدبير يتجزَّأ عنده، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر، فتثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء؛ لما عرف من مذهبه، وإذا أَعتَق: لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء، وإعتاقُه يقتصر على نصيبه؛ لأنه يتجزَّأ عنده، ولكن يفسد به نصيب شريكه، فله أن يُضمِّنه قيمة نصيبه، وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه، ويُضمِّنه قيمة نصيبه مدبرا؛ لأنه إعتاقٌ صادَف المدبَّر.

ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بتقويم المقوِّمين، وقيل: يجب ثلثَا قيمته قِنا كما في «الهداية»[1][١٦٣/ب].

(**وعندهما: إن دَبَّرَ الأولُ: ضَمِنَ نصفَ قيمتِه مُوسِرا أو مُعسِرا**)؛ لأنه ضمان تملُّك، فلا يختلف بهما، (**وعِتقُ الآخَر لغوٌ**)؛ لأن التدبير لا يتجزَّأ عندهما، فيَتملَّك نصيب صاحبه بالتدبير، ويضمن نصف قيمته قِنا؛ لأنه صادَفه التدبير وهو قنٌّ.

(**وإن أَعتَقَ الأولُ: ضَمِنَ**) لشريكه نصف قيمته (لو) كان (**مُوسِرا، واستَسْعَى العبدَ لو**) كان (**مُعسِرا**)؛ لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف باليسار والإعسار عندهما، (**وتدبيرُ الآخَر لغوٌ**)؛ لأن الإعتاق لا يتجزَّأ، فعتق كلُّه، فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده.

(باب العجز والموت)

أي: عجزِ المكاتب وموت المولى.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٦٣).

إذا عَجَزَ المكاتَبُ عن نجمٍ؛ فإن رُجِيَ له حصولُ مالٍ: لا يُعجِّل الحاكمُ بتعجيزه، ويُمهِل يومَيْن أو ثلاثةً، وإلا: عجَّزه، وفَسَخَ الكتابةَ إن طَلَبَ سيِّدُه، أو عَجَّزه سيِّدُه برِضاه. وعند أبي يوسف: لا يُعجَّز ما لم يَتوالَ عليه نَجْمان. ....

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب؛ لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة.

(**إذا عَجَزَ المكاتَبُ عن نجمٍ**) أي: مكاتبٌ عجز عن أداء وظيفةٍ مقطوعةٍ من بدل الكتابة؛ لِما مرَّ: أن «النجم» في الأصل: «الطالع»، ثم سمي به: «الوقت»، ثم: «الوظيفة التي تُؤدَّى في ذلك الوقت»؛ لملابسة بينهما؛ (**فإن رُجِيَ له حصولُ مالٍ**) بأن كان لهذا المكاتب دينٌ يرجى أن يكون مقبوضا، أو مالٌ يرجى قدومه: (**لا يُعجِّل الحاكمُ بتعجيزه، ويُمهِل يومَيْن أو ثلاثةً**) أيامٍ نظرا للجانبين، والثلاثةُ هي المدة التي ضُرِبت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديونِ المقر للقضاء وكشرط الخيار ونحوِ ذلك، فلا يزاد عليه، (**وإلا**) أي: إن لم يرجَ له حصول مال: (**عجَّزه**) الحاكم، (**وفَسَخَ الكتابةَ إن طَلَبَ سيِّدُه، أو عَجَّزه سيِّدُه برِضاه**) أي: برضاء المكاتب، وإن لم يرضَ به العبد: فلا بد من القضاء بالفسخ عند الطرفين؛ لأن الكتابة عقد لازم تامٌّ، فلا يفسخ إلا بالقضاء أو الرضاء كما في الرجوع عن الهبة.

وفي بعض الروايات: ينفرد المولى بالفسخ كما في «الكافي»[1].

وللمولى حق الفسخ في الكتابة الفاسدة بلا رضاء العبد، وللعبد حق الفسخ أيضا في الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى كما في «التنوير»[2].

(**وعند أبي يوسف: لا يُعجَّز**) أي: لا يحكم الحاكم بعجزه (**ما لم يَتوالَ عليه نَجْمان**)؛ لقول علي ﷺ: «إذا توالى على المكاتب نجمان: رُدَّ إلى الرق»[3]، والأثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر.

ولهما: ما روي عن ابن عمر ﷺ: أن مكاتبا له عجز عن نجم، فردَّه إلى الرق[4]، ولأن

---

(١) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/٢٥٠/أ).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٤).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٣٩٤/٢١٤١٣)، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٥٧٣/٢١٧٦٠).

(٤) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/٣٩٤/٢١٤١٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٥٧٢/٢١٧٥٢): أن ابن عمر ﷺ كاتَب غلاما له على ألف دينار، فأداها إلا مائة، فردَّه في الرق.

وإذا عُجِّزَ: عادَتْ أحكامُ الرقِّ، وما في يده لمولاه، ويَحِلُّ له ولو أصلُه من صدقةٍ.

وإن مات عن وفاءٍ: لا تُفسَخ، ويُؤدَّى بدلُها من ماله، ويُحكَم بعتقِه في آخِر جزءٍ من حياته، ويُورَث ما بَقِيَ من ماله، ....

المقصود بالعقد من جانب المولى تعيينُ المسمى عند انقضاء النجم الأول وأنه قد فات، فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان، وهذا؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ، والإخلال بالنجم الواحد إخلالٌ بما هو غرض المولى من الكتابة، فوجب له حق الفسخ؛ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع.

وفي «المضمرات»: أن الصحيح قولهما[1].

(**وإذا عُجِّزَ**) المكاتب: (**عادَتْ**) إليه (**أحكامُ الرقِّ**[2])؛ لأن فكَّ الحَجْر كان لأجل عقد الكتابة، فلا يبقى بدون العقد، (**وما في يده**) من الاكتساب (**لمولاه**)؛ إذ ظهر أنه كسب عبده بسبب عجزه، (**ويَحِلُّ**) ما في يد المكاتب (**له**) أي: للمولى (**ولو**) -وصلية- كان (**أصلُه من صدقةٍ**)، ولم يكن المولى مصرفا للصدقة؛ زكاة كانت أو غيرها؛ لأنه أخذه عِوضا عن العتق زمان الأخذ، والمكاتبُ قد أخذه صدقة وهو من المصارف، ومن الأصول المقررة: «أن تبدُّل الملك قائم مقام تبدُّل الذات»؛ أخذا لقوله ﷺ لبريرة ﵂[3]: «**هي لك صدقة ولنا هدية**»[4] كما مرَّ.

وفي «المنح»: ولا فرق على الصحيح بين ما إذا أدَّاه إلى المولى ثم عجز، أو عجز قبل الأداء[5]، وفي «العناية» تفصيل[6]، فليراجع[١٦٤/أ].

(**وإن مات**) المكاتب (**عن وفاءٍ**) أي: إن مات وله مالٌ يفي ببدل الكتابة: (**لا تُفسَخ**) الكتابة، (**ويُؤدَّى بدلُها**) أي: بدل الكتابة (**من ماله، ويُحكَم بعتقِه في آخِر جزءٍ من**) أجزاء (**حياته، ويُورَث ما بَقِيَ من ماله**)، وهو قول علي وابن مسعود ﵄، وبه أخذ علماؤنا؛ لأن الكتابة عقد معاوضة،

---

(١) «المضمرات» للكادوري (٤/٤١٨).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «رِقِّه».

(٣) في الأصل، ر، ن: «عنه»، والمثبت من م، ح، غ، والمطبوع (٢/٥٥٦).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٤٤/أ).

(٦) «العناية» للبابرتي (٩/٢١٣).

ويَعتِق أولادُه الذين شَرَاهم أو وُلِدوا في كتابته أو كُوتِبوا معه تبعًا أو قصدًا.

وإن لم يَترُك وفاءً وله ولدٌ وُلِدَ في كتابته: سَعَى على نجومه، فإذا أدَّى: حُكِمَ بعتقه وعِتق أبيه قبل موته. والولدُ المَشرِيُّ إما أن يُؤدِّي حالاً أو يُردَّ في الرق، ....

فلا يبطل بموته كما لا تبطل بموت مولاه؛ إذ المعاوضة تقتضي المساواة.

قال الجمهور: إن المكاتب يُعتَق في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأن بدل الكتابة هو سبب الأداء موجود قبل الموت، فيستند الأداء إلى ما قبله، فيجعل أداء نائبه كأدائه، ولأن بدل الكتابة يقام في آخر عمره مقام التخلية وهي الأداء، فيكون المولى مستحقا عليه قبل الموت.

وقال البعض: إن المكاتب يعتق بعد الموت.

وقال زيد بن ثابت ﷺ: «تفسخ الكتابة بموت المكاتب كما إذا لم يترك مالا وافيا»، وبه أخذ الشافعي؛ لفوات المحل[1].

(ويَعتِق أولادُه الذين شَرَاهم) في كتابته، (أو وُلِدوا في كتابته) -متعلق بقوله: «شَراهم» و«وُلِدوا» على التنازع- حتى لو ولدوا قبل الكتابة: لا يَتبَعون ولا يُعتَقون إلا أن يكونوا صغيرين، وعن هذا قال: (أو) أولاده الذين (كُوتِبوا معه تبعًا) بأن يكونوا صغيرين (أو قصدًا) بأن يكونوا كبيرين ولكن كوتبوا معه؛ لأن الصغيرين يَتبَعون الأب في الكتابة، والكبيرين يُجعَلون مع الأب كشخص واحد، فيَعتِقون ويَرِثون، أما لو كان الأب والولد مكاتبين بعقد على حدة: يَعتق من وقت أداء بدلِ الكتابة مقصورا عليه ولا يرث؛ لأنه مقصود بالكتابة كما في «شرح الوقاية» لابن الشيخ.

(وإن لم يَترُك وفاءً) أي: إن مات المكاتب، ولم يترك مالا يفي ببدل الكتابة، (وله ولدٌ وُلِدَ في كتابته: سَعَى) الولد في كتابة أبيه كما كان يسعى أبوه (على نجومه) أي: على نجوم أبيه المقسَّطة، (فإذا أدَّى) الولد الكتابة: (حُكِمَ بعتقه) أي: بعتق الولد؛ لأنه داخل في كتابة أبيه، فيعتق بعتقه، (وعِتق أبيه قبل موته)، يعني: في آخر جزء من أجزاء حياته.

(والولدُ المَشرِيُّ) أي: الولد الذي اشتراه المكاتب في كتابته، ومات؛ (إما أن يُؤدِّي) البدل (حالاً، أو يُردَّ في الرق) عند الإمام؛ لأن حكم العقد لم يَسر إليه، لكنه إذا أدَّى في الحالِ: فقد ظهر أن أباه مات عن وفاء، وأن الكتابة باقية، وأنه مات حرا.

---

(١) «البيان» للعمراني (٨/٤٢٣).

وعندهما: هو كالأول.

وإن مات المكاتَبُ، وتَرَكَ ولدًا من حرةٍ، وتَرَكَ دَينا على الناس فيه وفاءٌ، فجَنَى الولد، فقُضِيَ بأرشِ الجنايةِ على عاقلةِ الأمِّ: لا يكون ذلك قضاءً بعجز المكاتَب.

وإن اختَصَم مَوالِي الأمِّ والأب في ولائه، فقُضِيَ به لمَوالِي الأمِّ: فهو قضاءٌ بعجزه.

(**وعندهما: هو**) أي: الولد المشريُّ (**كالأول**) أي: كالمولود في الكتابة؛ لكونه مكاتبا بتبعية الأب، وبه قال **مالك**[1].

وفي «التنوير»: اشترى المكاتب ابنه، فمات عن وفاء: وَرِثه ابنُه[2].

(**وإن مات المكاتَبُ، وتَرَكَ ولدًا من**) امرأة (**حرةٍ، وتَرَكَ**[3] **دَينا على الناس فيه وفاءٌ**) ببدل الكتابة، (**فجَنَى الولد، فقُضِيَ**) أي: قضى القاضي (**بأرشِ الجنايةِ على عاقلةِ الأمِّ: لا يكون ذلك قضاءً بعجز المكاتَب**)؛ لأن هذا القضاء يُقرِّر حكم الكتابة؛ لأنها تقتضي إلحاق الولد بموالي الأم وإيجابَ الدية عليهم، لكن على وجهٍ يحتمل أن يعتق فينجرَّ الولاء إلى موالي الأب، والقضاءُ بما يُقرِّر حكم الكتابة لا يكون تعجيزا عنها.

(**وإن اختَصَم مَوالِي الأمِّ و**) موالي (**الأب في ولائه، فقُضِيَ به**) أي: قضى القاضي بالولاء (**لمَوالِي الأمِّ: فهو قضاءٌ بعجزه**) أي: المكاتبِ؛ لأن هذا اختلاف في الولاء مقصود، أو ذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها؛ فإنها إذا فسخت: مات عبدا[١٦٤/ب]، واستقرَّ الولاء على موالي الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء: مات حرا، وانتقل الولاء إلى موالي الأب، وهذا فصل مجتهَد فيه، فينفذ ما يلاقيه القضاء، ولهذا كان تعجيزا.

وهذا كله فيما إذا مات المكاتب عن وفاء فأُدِّيت الكتابة، أو عن ولد فأداها، أما[4] إذا مات لا عن وفاء أو لا عن ولد: فاختلفوا في بقاء الكتابة:

قال الإسكاف: تنفسخ، حتى: لو تطوَّع إنسان بأداء بدل الكتابة عنه: لا يقبل منه.

وقال أبو الليث: لا تنفسخ ما لم يَقض بعجزه، حتى: لو تطوَّع به إنسان عنه قبل القضاء

---

(١) «جواهر الدرر» للتتائي (٨/٢٥٧).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٤).

(٣) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «ترك».

(٤) في الأصل، ر، م، ح، غ: «عما»، والمثبت من ن، والمطبوع (٢/٥٥٧)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٧٣).

ولو جَنَى عبدٌ، فكاتَبَه سيِّدُه جاهلًا بجنايتِه، فعَجَزَ: دَفَعَ أو فَدَى. وكذا لو جَنَى المكاتَب، فعَجَزَ قبلَ القضاء به، ولو بعْدَما قُضِيَ عليه به: فهو دينٌ، ويُباع فيه.

ولا تَنفسِخ الكتابة بموت السيِّد، ....

بالفسخ: جاز، ويحكم بعتقه في آخر حياته كما في «شرح الكنز» للعيني[1].

(**ولو جَنَى عبدٌ، فكاتَبَه سيِّدُه**) حال كونه (**جاهلًا بجنايتِه، فعَجَزَ**) العبد عن الكتابة: فالمولى بالخيار؛ إن شاء (**دَفَعَ**) العبد بالجناية إلى المجنيِّ عليه، (**أو فَدَى**) العبد بالأرش؛ لأنه الموجب لجناية العبد في الأصل، ولم يكن عالما بالجناية حتى يصير مختارا للفداء، ولهذا قيَّده بـ«كونه جاهلا»، لكن الكتابة مانعة للدفع، فإذا زال المانع: عاد الحكم الأصلي.

(**وكذا**) الحكم (**لو جَنَى المكاتَب، فعَجَزَ**) عن الكتابة (**قبلَ القضاء به**) أي: بموجب الجناية؛ لأنه لمَّا عجز: صار قِنًّا، وحكمُ جناية القن يُخيَّر فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عُرِف في موضعه، (**ولو**) عجز (**بعْدَما قُضِيَ عليه**) أي: على المكاتب (**به**) أي: بموجب الجناية في حال كتابته، فعجز: (**فهو**) أي: موجب الجناية (**دينٌ**) عليه، (**ويُباع**) العبد (**فيه**)؛ لانتقال الحق من رقبته إلى قيمته بالقضاء.

هذا عندنا؛ لِما مرَّ من: أن الأصل في جناية العبد وجوب الدفع، إلا إذا تعذَّر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك إلى ملك وهو قابل للفسخ والزوال: فيكون المانع مترددا، فلم يثبت الانتقال إلا بالقضاء أو بالرضاء أو بالموت عن الوفاء، بخلاف التدبير والاستيلاد؛ لأن المانع لا يقبل الانتقال، فوجبت القيمة بلا توقف.

وعند زفر، وهو قول أبي يوسف أولا: يباع فيه وإن عجز قبل القضاء؛ لأن المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجناية وهو الكتابة، فوجبت القيمة لنفس الوقوع كجناية المدبر وأم الولد.

وفي «الدرر»: أقرَّ المكاتب بجناية خطأ: لزمته، وحكم بها عليه؛ لأن جنايته مستحقة في كسبه وهو أحق بأكسابه، فنفذ إقراره كالحر، وإذا لم يحكم عليه حتى عجز: بطلت[2].

(**ولا تَنفسِخ الكتابة بموت السيِّد**)؛ لأن الكتابة من أسباب العتق، والعتقُ حق للمكاتب، وكذا سببه حقٌّ له، فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وأمومية الولد والدين والأجل إذا مات

---

(١) «رمز الحقائق» للعيني (٣/٣٠٣).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٣٣).

ويُؤَدِّي البدلُ إلى ورَثَتِه على نجومه، فإن أَعتَقَه بعضهم: لا يَنفُذ، وإن أَعتَقوه كلُّهم: عَتَقَ مجّانًا.

الطالب، (**ويُؤَدِّي**) المكاتب (**البدلَ إلى ورَثَتِه**) أي: إلى ورثة سيده (**على نجومه**)؛ لأن النجوم حقه؛ لأنه أصل، وهو حق المطلوب، فلا يبطل بموت الطالب كالأجل في الدين.

هذا إذا كاتبه وهو صحيح، ولو كاتبه وهو مريض: لا يصح تأجيله إلا من الثلث.

(**فإن أَعتَقَه**) أي: العبد المكاتب (**بعضهم**) أي: بعض الورثة في مجلس، وأعتقه الآخر في مجلس آخر: (**لا يَنفُذ**) عتقه؛ لأنه لم يملكه؛ إذ المكاتب لا ينتقل من ملك المورث إلى ملك الوارث كما لا يملك بسائر أسباب الملك، ولا تسقط حصته من البدل عندنا.

خلافا **للشافعي**[(١)].

وقيل: يعتق إذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الأول.

(**وإن أَعتَقوه**) أي: جميع الورثة في مجلس واحد (**كلُّهم: عَتَقَ**) العبد المكاتب (**مجّانًا**).

والقياس: أن لا يعتق؛ لعدم ملكهم.

وجه الاستحسان: أنه يجعل إبراء عن بدل الكتابة اقتضاء؛ تصحيحا للعتق كما إذا أبرأه المولى عن كل بدل الكتابة.

وفي «التنوير»:

* مكاتب تحته أمة طلَّقها ثنتين، فملكها: لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره.

* كاتَبا عبدا كتابة واحدة، وعجز المكاتب: لا يعجزه القاضي حتى يجتمعا[١٦٥/أ].

** ** **

---

(١) «مختصر المزني» (٨/٤٣٥).

(كتاب الولاء)

أورد «كتاب الولاء» عقيب «المكاتب»؛ لأنه من آثار زوال ملك الرقبة.

وهو:

* لغة: القرابة.

* وشرعا: قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة -وهي: المتابعة-؛ لأن في ولاء العتاقة إرثا يوالي وجود الشرط، وكذا في ولاء الموالاة.

وقيل: الوَلاء والوَلاية -بالفتح-: النصرة، والحجة بالعتق ولو بمال أو بالعقد، والوعد ولو كافرا، فالولاء عبارة عن النصرة بالعتق أو بالعقل، فيرثه شرعا عند عدم المانع من الإرث.

وفي «التنوير»: هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة، ومن آثاره الإرثُ والعقلُ[1].

[ولاء العتاقة]

(الوَلاءُ لمن أَعتَقَ).

وهو لفظ الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عائشة ﵂ عن النبي ﷺ: «**الولاء لمن أعتق**»[2]؛ يعني: أعتق مملوكه؛ ذكَرا كان السيد أو أنثى، فولاؤه له، ولذا قال الجمهور: «سبب هذا الولاء: الإعتاق»، والأصح: أن سببه العتق على ملكه؛ لأنه يضاف إليه، يقال: «ولاء العتاقة»، ولا يقال: «ولاء الإعتاق»، والإضافةُ دليل الاختصاص وهو بالسببية، ولأن من ورث قريبه فعتق عليه: كان مولى له، ولا إعتاق من جهته.

والحديث لا ينافي أن يكون العتق على الملك هو السبب؛ لأن العتق يوجد عند الإعتاق لا محالة، وتخصيصُه به خرج مخرج الغالب.

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٥).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٤٥٦)، ومسلم في «صحيحه» ٥-(١٥٠٤)، والترمذي في «سننه» (٢١٢٤)، وأبو داود في «سننه» (٢٩١٥)، والنسائي في «سننه» (٢٦١٤)، وابن ماجه في «سننه» (٢٠٧٦).

ولو بتدبيرٍ أو استيلادٍ أو كتابةٍ أو وصيةٍ أو ملكِ قريبٍ. ولَغَا شرطُه لغيره أو سائبةً.
ومن أَعتَقَ حاملًا من زوجٍ قِنٍّ، فوَلَدت ....

(**ولو**) -وصلية- (**بتدبيرٍ**) بأن دبَّر عبده، فمات، وعتَق من ثلثه، (**أو استيلادٍ**) بأن استولد جارية، ومات: عتَقت من جميع ماله، (**أو كتابةٍ**) بأن كاتَب عبده، وأدَّى بدل الكتابة: فعتق، (**أو وصيةٍ أو ملكِ قريبٍ**) بأن ملَك أباه أو ابنه بشراء أو هبة أو نحو ذلك: فعتق عليه، وذلك لإطلاق الحديث.

قال صدر الشريعة: **فإن قيل**: كيف يكون الولاء في التدبير والاستيلاد للسيد والمدبَّرُ وأمُّ الولد إنما تعتقان بعد موت السيد؟

قلنا: صورته: أن يرتدَّ السيد، ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وأم ولده، ثم جاء مسلما، فمات مدبره أو أم ولده: فالولاء له[1]، انتهى.

وفيه كلام؛ لأن الغرض إثبات الولاء للسيد في جميع المواد كما يدل عليه تصوير المسألة، فالجواب أن يقال: إن الولاء يثبت ابتداء للمولى، ثم ينتقل إلى ورثته، فيستقيم الكلام في المكاتب الذي أدَّى البدل بعد موت السيد إلى الورثة، وكذا في العبد الموصي بشرائه، ثم أعتقه وغيرهما، تدبَّرْ.

(**ولَغَا شرطُه لغيره أو سائبةً**[2])، يعني: لو أعتق العبد، وشرَط الولاء لغيره أو شرَط أن يكون معتقا، ولا ولاء بينهما، ويرثه غيره: كان الشرط لغوا؛ لأنه مخالف للشرع، فيرثه كما في النسب إذا شرَط أن لا يرثه.

وما في «شرح الوقاية» لصدر الشريعة من: «أن ذلك شرطٌ مخالفٌ لمقتضى العقد مقامَ النص»[3] سهوٌ من قلم الناسخ[4]، تتبَّعْ.

(**ومن أَعتَقَ**) أمة (**حاملًا من زوجٍ قِنٍّ**) للغير، (**فوَلَدت**) الأمة الحامل ولدا بعد عتقها

---

(١) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٥/١٩).

(٢) والتاء في «السائبة» للنقل من الوصفية إلى الاسمية، وفي «المغرب» (ص: ٢٤١): وعبده سائبة؛ أي: معتق لا ولاء بينهما. (داماد، منه).

(٣) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٥/١٩).

(٤) في الطبعة التي بين أيدينا لـ«شرح الوقاية» عبارته هكذا: «فإن ذلك شرط مخالف لمقتضى العقد» بدون لفظ: «مقام النص».

لأقلَّ من نصفِ سَنةٍ: فولاءُ الولدِ له، لا يَنتقِل عنه أبدًا. وكذا لو وَلَدت توأمَين؛ أحدَهما لأقلَّ من نصفِها. وإن وَلَدت لأكثرَ من ذلك: فولاؤُه له أيضا، لكن إن أُعتِق الأبُ: جَرَّه إلى مَوالِيه. ولا يَرجِع الأوَّلون عليهم بما عَقَلوا عنه قبلَ الجرِّ.

(**لأقلَّ من نصفِ سَنةٍ: فولاءُ الولدِ له**) أي: لمولى الأم (**لا يَنتقِل**) ولاء الحمل (**عنه**) أي: عن مولى الأم إلى مولى الأب إن أعتق أبوه (**أبدًا**)؛ لأنها لمَّا أعتقت، وتيقَّن وجود الحمل في ذلك الوقت: عتق حملها مقصودا؛ لأنه جزؤها، فلا ينتقل من مواليها الولاء على التأبيد؛ لقوله ﷺ: «**الولاء لمن أعتق**[١٦٥/ب]».

(**وكذا لو وَلَدت**) الأمة المذكورة ولدين (**توأمَين؛ أحدَهما**) أي: ولادة أحدهما (**لأقلَّ من نصفِها**) أي: من نصف السنة من وقت الإعتاق، والآخر لأكثر منه، وبين الولدين أقلُّ من ستة أشهر: فولاؤهما لمولى الأم أبدا بلا نقل عنه إلى مولى الأب إن أعتق الأب؛ لأن التوأمين مخلوقان من ماء واحد، فيعتقان معا بالإعتاق المزبور لو كان ما بين الولدين أقلَّ من أقلِّ مدة الحمل.

(**وإن وَلَدت**) الأمة المزبورة ولدا بعد عتقها (**لأكثرَ من ذلك**) أي: من نصف سنة: (**فولاؤُه**) أي: الولد (**له**) أي: لمولى الأم (**أيضا**)؛ لأن الولد جزؤها، فيتبعها في الصفات الشرعية، ألا يرى أنه يتبعها في الحرية والرق، فكذا في الولاء عند تعذُّر جعله تبعا للأب لرقه، (**لكن إن أُعتِق الأبُ**) والولد حيٌّ: (**جَرَّه**) أي: جرَّ الإعتاقُ الولاءَ (**إلى مَوالِيه**) أي: يجرُّ الأب ولاء ابنه من مولى الأم إلى قوم نفسه؛ لأن الولاء لُحمة كلُحْمة النسب، ثم النسب من الآباء، وكذا الولاء، وإنما يكون من الأمهات للضرورة وقد زالت بالعتق، فينتقل إلى موالى الأب كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم، ثم إذا أكذب نفسه: ينتقل إلى الأب؛ لزوال المانع، فإن مات مولى الأب قبل الولد بعد إعتاق الأب: لا يكون مولى الأم وارثا بذلك الولاء كما قال ابن كمال الوزير في «شرح الفرائض».

وفي «التبيين»: هذا إذا لم تكن معتدَّة، فإن كانت معتدة، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق، ولأقل من سنتين من وقت الفراق: لا ينتقل ولاؤه إلى موالي الأب؛ لأنه كان موجودا عند عتق الأم، ولهذا ثبت نسبه من الزوج[١].

(**ولا يَرجِع الأوَّلون عليهم بما عَقَلوا عنه قبلَ الجرِّ**) أي: لو تزوَّجت معتَقة بعبد،

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٧٦/٥).

ولو تَزوَّج عجَميٌّ؛ له مولَى موالاةٍ أو لا معتَقةٍ، فوَلَدت منه: فولاءُ الولدِ لمَوالِيها. وعند أبي يوسف: حكمُه حكمُ أبِيه.

فولدت أولادا، فجنى الأولاد، فعقلهم على مولى الأم: لا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا؛ لأنه حين عقل عنه قوم الأم كان النسب ثابتا لهم، وإنما يثبت لقوم الأب مقتصرا على زمان الإعتاق؛ لأن سببه هو العتق، فلا يرجعون به.

(ولو تَزوَّج عجَميٌّ) حرُّ الأصل (له مولَى موالاةٍ أو لا معتَقةٍ)؛ سواء كانت معتقة العرب أو العجم.

وما وقع في «القدوري» وهو: «من تزوَّج من العجم بمعتقة العرب» اتفاقيٌّ.

(فوَلَدت) ولدا (منه)[1] أي: من العجم: (فولاءُ الولدِ لمَوالِيها) أي: موالي الأم عند الطرفين.

(وعند أبي يوسف: حكمُه) أي: حكم الولد (حكمُ أبِيه)، فيكون الولاء لموالي أبيه لا مواليها؛ لأنه كالنسب، والنسبُ إلى الأب وإن كانت الأم أشرف؛ لكونه أقوى، وبه قالت الأئمة الثلاثة[2].

ولهما: أن ولاء العتاقة قويٌّ معتبرٌ، والنسب بين العجميين ضعيف؛ لأنهم ضيَّعوا أنسابهم، ولا تفاخر لهم به، وكذا ولاء الموالاة ضعيف، والضعيف لا يعارض القوي.

قيَّد بـ«الأعجمي»؛ لأن أباه إن كان عربيا: يكون ولاؤه لموالي أبيه اتفاقا؛ لشرف نسبه.

وقيَّدنا بـ«حر الأصل»؛ لأن الأبوين لو كانا معتقين: فالنسبة إلى قوم الأب اتفاقا؛ لأنهما استوَيَا، والترجيح لجانب الأب.

وقيَّد بـ«مولى الموالاة»؛ لأنه لو كان مولى عتاقةٍ: فولاؤه لموالي أبيه اتفاقا.

وفصَّل صاحب «الدرر» في هذا المحل، وحاصله: أن الأم إذا كانت حرة الأصل بمعنى: «عدم الرق في أصلها»: فلا ولاء على ولدها؛ لأنه كما لا ينتقل الولاء في المسألة الأولى وهي قوله: «ومن أعتق حاملا...» إلى آخره: فلِأَن لا ينتقل عند كونها حرة الأصل بالطريق الأولى، ويوافق ما ذكر في «البدائع» و«التكملة» و«مختصر المحيط» من: اشتراط

---

(١) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «فولدت منه».

(٢) «البيان» للعمراني (٨/٥٤٤)، و«التهذيب» لابن البراذعي (٢/٦٢٩)، و«المغني» لابن قدامة (٦/٢٢٣).

....

عدم كون الأم حرة أصلية في ثبوت الولاء[١].

وأما ما في «المنية» وإن كان المتبادر منه المخالفة لكنه لا مخالفة في الحقيقة على ما حُقِّق في «الدرر».

وذهب البعض إلى ثبوته عند كون الأم حرةً أصليةً.

ومن علماء هذه الدولة؛ منهم: من أفتى على الثبوت، ومنهم: من على خلافه، والمولى أبو السعود أفتى أوَّلا على الثبوت، ثم رجع وأفتى على خلافه، وثبت عليه كما فصَّل في «حاشية عزمي زاده» على «الدرر».

وموجب ما يقتضيه الأصول عدمُ الثبوت؛ لأن الولاء يتفرَّع على زوال الملك وهو على ثبوته، وثبوتُه في الولد من جانب الأم ألبتة، وإذا كانت حرة أصلية: كيف يتصور الملك على الولد[٢].

وينبغي أن يتنبه أن لفظ «حر الأصل» يستعمل في معنيين:

* عدم جريِ الرق على النفس من حين العلوق مع جريه على الأصل.

* وعدم جريه على الأصل أبدا.

والاختلاف إنما هو[١٦٦/أ] على المعنى الثاني، وأما على الأول: فلا نزاع في الثبوت.

ومرجع مسائل الولاء إلى هذه الصور، وهي أن الولد:

(١) إما أن تكون أمه حرة أصلية بهذا المعنى أو لا، وحينئذ؛

(٢) إما أن تكون معتقة حال الحمل من قن ولَدت لأقل من نصف سنة أو لا، وحينئذ؛

(٣) إما أن يكون أبوه رقيقا أو لا، وحينئذ؛

(٤) إما أن يكون حر الأصل بهذا المعنى أو لا، فإن كان؛

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٥/٢)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (١٢٨/٤).

(٢) لا يقال: المتولد قبل ستة أشهر معتق مستقل، ومن كان كذلك: لا يكون ولاؤه إلا للمعتق، بخلاف ولد الحرة؛ فإنه ليس له ولد مستقل؛ لأنا نقول: مدار الولاء طريان الحرية إما بالذات أو بالواسطة؛ لأن ولاء العتاقة ولاء النعمة، فمن لا يكون فيه احتمال طريان هذه النعمة لا بالذات ولا بالوساطة: لا يكون عليه ولاء لأحد، وولد الحرة الأصلية كذلك. (داماد، منه).

والمُعتق مقدَّمٌ على ذوي الأرحام، مؤخَّرٌ عن العصبة النسبيَّة. فإن ماتَ السيِّدُ، ثم المعتَقُ: فإرثُه لأقربَ عصبةِ سيِّده، فيكون لابنِه دون أبيه لو اجتمَعَا. وعند أبي يوسف: لأبِيه السُّدُسُ، والباقي للابنِ. ....

(٥) فإما أن يكون عربيا.

(٦) أو لا.

فهذه ستُّ صوَر؛ ففي الأولى والخامسة: لا ولاء أصلا، والثانية والثالثة: الولاء لقوم الأم، وفي الرابعة: لقوم الأب، وفي السادسة: لقوم الأم عند **الطرفين**، خلافا **لأبي يوسف**.

وفي قول المصنف: «من أعتق حاملا...» إلى آخره دلالة إلى الأولى والثانية، وفي قوله: «وإن ولدت لأكثر...» إلى آخره إلى الثالثة والرابعة، وقوله: «لو تزوَّج أعجمي» إلى الخامسة والسادسة، تتبَّعْ.

(**والمُعتق**) عصبة سببيَّة (**مقدَّمٌ على ذوي الأرحام**)، وهو: من لا فرض له، ويدخل في نسبته إلى الميت أنثى، (**مؤخَّرٌ عن العصبة النسبيَّة**)؛ سواء كانت عصبة بنفسه أو بغيره أو مع غيره، وكذا مقدَّمٌ على الرد على ذوي السهام، وهو آخر العصبات، وهو قول علي ﷺ، وبه أخذ علماء الأمصار، وسيأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى.

(**فإن ماتَ السيِّدُ، ثم**) مات (**المعتَقُ**) ولا وارث له من النسب: (**فإرثُه**) أي: إرث المعتق (**لأقربَ عصبةِ سيِّده**) على الترتيب المعروف في علم الفرائض، (**فيكون**) إرثه (**لابنِه**) أي: ابن السيد (**دون أبيه لو اجتمَعَا**) عند **الطرفين**؛ لأن الجزء أقرب، وهو: اختيار سعيد بن المسيب، ومذهب **الشافعي**[1]، والقول الأول **لأبي يوسف**.

(**وعند أبي يوسف: لأبِيه السُّدُسُ، والباقي للابنِ**)، وهو إحدى الروايتين عن ابن مسعود ﷺ، وبه قال شريح والنخعي[2]؛ لأن الولاء كله أثرُ الملك، فيلحق بحقيقة الملك.

ولو ترَك المعتَق مالا، وترَك أبا وابنا: كان لأبيه سدس ماله، والباقي لابنه، فكذا إذا ترك ولاء.

والجواب: أنه وإن كان أثر الملك لكنه ليس بمال، ولا له حكم المال كالقصاص الذي

---

(١) «تحفة المحتاج» لابن حجر الهيتمي (١٠/٣٧٦).

(٢) «بدائع الصنائع» للكاساني (٤/١٦٤).

وعند استواءِ القربِ تَستوِي القسمة.

و«ليس للنساء من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ أو أَعتَقَ مَن أعتَقْنَ أو كاتَبْنَ أو كاتَبَ مَن كاتَبْنَ...» الحديثَ.

يجوز الاعتياض عنه بالمال، فلا يجري فيه سهام الورثة بالفرضية كما في المال، بل هو سببٌ يُورِث به بطريق العصوبة، فيعتبر الأقرب فالأقرب.

* ولو ترَك المعتق ابن المعتق وجدَّه: فالولاء كله للابن بالاتفاق.

* ولو ترك جد المعتق وأخاه: فالولاء للجد عند الإمام، وعندهما: الولاء بينهما نصفان.

(**وعند استواءِ القربِ**) كما إذا ترَك المعتق ابنَيْ أخوَيْ معتقه (**تَستوِي القسمة**)؛ لاستواء الاستحقاق.

(**و«ليس للنساء من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ أو أَعتَقَ مَن أعتَقْنَ أو كاتَبْنَ أو كاتَبَ مَن كاتَبْنَ...» الحديثَ**) أي: اقرأ الحديث إلى آخره، وآخره: «... **أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن**»، وسيأتي تمامه في الفرائض إن شاء الله تعالى.

وفي «شرح الكنز» للعيني: هذا حديث منكر لا أصل له[1]، وإنما المروي عن جماعة من الصحابة ﷺ، فأخرج البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت ﷺ: «أنهم لا يُورِّثون النساء من الولاء إلا ما أعتَقْنَ أو أعتقَ من أعتقنَ»[2]، وتمامه فيه[3]، فليطالع ثمة.

وفي «الشمني»: لو مات المعتق، ولم يترك إلا ابنة معتقه: فلا شيء لها في ظاهر الرواية، وتوضع تركته في بيت المال.

وأفتى بعض المشايخ بدفع المال إليها لا بطريق الإرث، بل لأنها أقرب الناس إلى الميت، فكانت أولى من بيت المال، وليس في زماننا بيت المال، انتهى.

وفي «التنوير»:

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (١٥٤/٤): «غريب»؛ أي: مرفوعا.

(٢) «السنن الكبرى» للبيهقي (٢١٥١١/٥١٥/١٠)، وانظر أيضا: «المصنف» لابن أبي شيبة (٣١٥٠٤/٢٨٩/٦)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٢١٥١٢/٥١٥/١٠) موقوفا على عمر وعلي وزيد ﷺ و«المصنف» لابن أبي شيبة (٣١٥٠٦/٢٨٩/٦) مقطوعا على الحسن، و«المصنف» لعبد الرزاق (١٦٢٦٣/٣٧/٩) موقوفا على علي وابن مسعود ﷺ.

(٣) «رمز الحقائق» للعيني (٣٠٦/٢).

فصل: وَلاءُ الموالاةِ سببُه العقدُ. فلو أَسلَمَ عجَمِيٌّ على يدِ رجلٍ، ووَالَاه على أن يرِثَه ويَعقلَ عنه ....

* إذا ملَك الذمي عبدا، فأعتقه: فولاؤه له كالنسب.

* ولو أعتق حربيٌّ في دار الحرب عبدا حربيا: لا يعتَق إلا أن يُخلِّي سبيله، فإن خلاَّه: عتَق، ولا ولاء له، وله أن يوالي من شاء.

* ولو دخل مسلم في دار الحرب، فاشترى عبدا ثمة، وأعتقه بالقول: عتَق.

* ولو كان العبد مسلما، فأعتقه مسلم أو حربي في دار الإسلام: فولاؤه له(١).

(فصل)

[في ولاء الموالاة]

هذا الفصل لبيان ثاني نوعَيِ الولاء كما في «الإصلاح».

وجه تأخيره عن وَلاء العتاقة ظاهرٌ.

(وَلاءُ الموالاةِ سببُه العقدُ)، ولهذا يضاف إلى «الموالاة» وهي العقد، والأصل في الإضافة إضافة المسبب إلى السبب كما يضاف «الولاء» إلى «العتاقة»؛ لأن سببه العتق.

(فلو أَسلَمَ عجَمِيٌّ) مجهولُ النسب.

وإنما شرَط كونه عجميا؛ لأن تناصُر العرب بالقبائل، فأغنى عن الولاء، وإنما شرطنا كونه مجهول النسب؛ لأن من عرف نسبه: لا يجوز أن يوالي غيره كما في «الدرر» وغيره(٢).

قال ابن كمال الوزير: وأما كونه مجهول النسب: فليس بشرط(٣).

وفي «شرح المجمع» لابن الملك: وهو المختار(٤)[١٦٦/ب].

(على يدِ رجلٍ، ووَالَاه) بأن قال: «أنت مولاي ترثني إذا متُّ، وتعقِل عني إذا جنيتُ»، فيقبل الآخر: فذلك عقد صحيح، وأشار إليه بقوله: (على أن يرِثَه) أي: الرجل إذا مات هو، (و) أن (يَعقلَ) الرجل (عنه) أي: عن الذي أسلم على يده؛ أي: يؤدي الجناية عنه إذا جنى،

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٥).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٣٦/٢)، و«شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٢٢/٥).

(٣) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٣٣٦/٢).

(٤) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٥٩٣).

أو وَالَى غيرَ من أَسلَمَ على يده: صحَّ إن لم يكن معتَقًا، وعَقْلُه عليه، وإرثُه له إن لم يكن له وارثٌ. وهو مؤخَّرٌ عن ذوي الأرحام.

وما لم يَعقِل عنه: فله أن يَفسَخه ....

(**أو وَالَى غيرَ من أَسلَمَ على يده**)، معناه: أنه أسلم على يد رجلٍ ووَالَى غيره: (**صحَّ**) هذا العقد (**إن لم يكن معتَقًا**)؛ فإنه إذا كان معتقا: لم يصح عقد الموالاة؛ لقوة ولاء العتاقة.

وكذا يصح لو وَالَى صبي عاقل بإذن أبيه أو وصيِّه؛ لأن الصبي من أهل أن يثبت له ولاء العتاقة إذا ثبَت سببه بأن ملَك قريبه أو كاتب أبوه أو وصيُّه عبدَه وعتَق: كان ولاؤه له، فجاز أن يثبت له ولاء الموالاة إذا صدر عنه عقدها بالإذن؛ كما: لو والى العبد بإذن سيده آخرَ: فإنه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة.

(**و**) إذا صحَّ: يكون (**عَقْلُه**) أي: جنايته (**عليه**) أي: على المولى الذي أسلم على يده ووَالاَه، أو الذي والاه وكان قد أسلم على يد غيره، (**وإرثُه له**) أي: ميراثه للذي والاه إذا مات (**إن لم يكن له وارثٌ**) من النسب.

(**وهو**) أي: القابل للموالاة (**مؤخَّرٌ عن ذوي الأرحام**)؛ لأن ذوي الأرحام يرثون بالقرابة وهي أقوى وآكد من الولاء؛ لأنها لا تَقبل النقض والولاءُ يقبله، بخلاف الزوجين حيث يرث معهما؛ لأنهما بعد الموت كالأجانب، ولهذا لا يُردُّ عليهما، فإذا أخذا حقهما صار الباقي خاليا عن الوارث، فيكون لمولى الموالاة.

وعند **الأئمة الثلاثة**: لا يصح عقد الموالاة أصلا، ويوضع ماله في بيت المال؛ لأن سبب الإرث الفرضُ والتعصيبُ، ولهذا لا ميراث لذوي الأرحام عندهم[1].

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النساء: ٣٣] إلى آخره، ونقل عن أئمة التفسير: أن المراد: الصفقة لا القسم؛ إذ العادة أن يَأخذ كلُّ واحد من المتعاقدين بيمين صاحبه عند العقد.

(**وما لم يَعقِل عنه**)[2] أو عن ولده: (**فله**[3]) أي: لمن والى (**أن يَفسَخه**) أي: ولاء

(١) «التهذيب» للبغوي (٥//٤٤)، و«المحرر» لابن التيمية (١/٣٩٤)، و«البيان والتحصيل» للقرطبي (٦/٤٦٧).

(٢) ليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» لفظة: «وما لم يعقل عنه».

(٣) في الأصل، ر، م، ح، غ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وله»، والمثبت من ن، والمطبوع (٢/٥٦٠).

قولًا بحضرته، وفِعلاً مع غيبتِه بأن يَنتقِل عنه إلى غيره. وبعْدَ أن عَقَلَ عنه أو عن ولدِه: لا يَفسَخه هو ولا ولدُه. وللأعلى أيضا أن يَبرَأ عن ولائه بمَحضَره.

ولو أَسلَمتِ امرأةٌ، فوَالَتْ أو أَقرّتْ بالولاء، فوَلَدتْ مجهولَ النسبِ أو كان معها ولدٌ صغيرٌ: كذلك تَبِعَها فيه، خلافا لهما.

الموالاة بغير رضاء صاحبه (**قولًا**) بأن قال: «فسخت عقد الموالاة معك»؛ لأنه عقد تبرُّع، فلا يكون لازما (**بحضرته**) أي: بحضرة صاحبه؛ لأنه عقدٌ واقعٌ منهما، فلا يفسخه أحدهما إلا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة، (**وفِعلاً مع غيبتِه**) أي: غيبة صاحبه (**بأن يَنتقِل عنه إلى غيره**) بأن ولَّى رجلا آخرَ، فيكون فسخا للعقد مع الأول، ولا يلزم من ذلك حضور صاحبه؛ لثبوت الانفساخ في ضمن العقد الثاني مع الآخر، فصار كالعزل الحكمي في الوكالة.

وكلٌّ من الفسخين ما لم يعقل عنه.

(**وبعْدَ أن عَقَلَ**) الأعلى (**عنه أو عن ولدِه: لا يَفسَخه**) أي: عقد الموالاة (**هو**) أي: الأسفل، (**ولا ولدُه**)؛ لتعلُّق حق الغير به، ولحصول المقصود به، ولاتصال القضاء به.

(**وللأعلى أيضا**) أي: كالأسفل (**أن يَبرَأ عن ولائه**) أي: الأسفل (**بمَحضَره**) أي: الأسفل؛ لعدم اللزوم، إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر.

(**ولو أَسلَمتِ امرأةٌ، فوَالَتْ**[1]) رجلا بشروطها، (**أو أَقرّتْ بالولاء**) أي: أقرَّت أنها مولاة لفلان، (**فوَلَدتْ**) ولدا (**مجهولَ النسبِ**) أي: لا يعرف له أب، (**أو كان معها ولدٌ صغيرٌ: كذلك**) أي: كان الصغيرُ مجهولَ النسب كذلك صحَّ إقرارها على نفسها، و(**تَبِعَها فيه**) أي: تَبع الولد أمَّه في الولاء، ويصيران مولى فلان عند **الإمام**.

(**خلافا لهما**) أي: **قالا**: لا يتبعها ولدها في الصورتين؛ لأن الأم لا ولاية لها على مال الصغير، فلا يكون لها ولاية على نفسه.

وله: أن الولاء بمنزلة النسب، فيكون نفعا محضا في حق الصغير المجهول النسب، فتملكه الأم كقبول الهبة.

ولو أقرَّ رجل أنه معتَق فلانٍ، فكذَّبه المقَر له في الولاء أصلا، أو قال: «لا بل وَالَيْتَني»، فأقرَّ المقر لغيره: والولاء[2] لا يصح عند **الإمام**، وعندهما: يصح[١٦٧/أ].

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ووالت».

(٢) هكذا في النسخ كلها، والمطبوع (٥٣٨/٢)، وفي «تبيين الحقائق» (١٨١/٥): «لغيره بالولاء».

كتاب الإكراه: هو: «فعلٌ يُوقِعه الإنسانُ بغيره يَفُوت به رِضاه أو يَفسُد اختيارُه ....

(كتاب الإكراه)

قيل: الموالاة تُغيِّر حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله كما أن الإكراه تُغيِّر[1] حال المخاطب من الحرمة إلى الحل، فكان مناسبا أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة.

(هو):

لغة: مصدر «أَكرَهَه»: إذا حمَله على أمرٍ يَكرَهه، و«الكَرْه» -بالفتح-: اسم منه.

(**«فعلٌ يُوقِعه الإنسانُ بغيره يَفُوت به**) أي: بذلك الفعل (**رِضاه**) أي: رضاء ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس -مثلا-، (**أو يَفسُد اختيارُه**) مع تحقُّق عدم الرضاء أيضا كالتهديد بالقتل -مثلا-.

وفي «الدرر»: أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه، وأصلُ الاختيار ثابتٌ في جميع صوره، لكن في بعض الصور يفسد الاختيار، وفي بعضها لا يفسده.

أقول: هذا هو المسطور في كتب الأصول والفروع، حتى قال صدر الشريعة في «التنقيح»: وهو:

* إما ملجئ بأن يكون بفوت النفس أو العضو، وهذا مُعدِم للرضا مفسدٌ للاختيار.

* وإما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيدٍ أو ضربٍ، وهذا مُعدِم للرضا غيرُ مفسدٍ للاختيار.

فلا يصح ما قال في «الوقاية»: «وهو فعل يوقعه بغيره، فيفوت به رضاه أو يفسد اختياره»؛ فإن فيه جعل قسم الشيء قسيما له[2]، انتهى.

لكن يمكن دفعه: بأن القسم الأول الرضا فقط، والقسم الثاني الرضا مع الاختيار.

وقال في «الإصلاح»: وهذا ظاهر بقرينة المقابلة، فمن وهَم: «أن فيه جعل قسم الشيء قسيما له»: فقد وهَم.

---

(١) هكذا في النسخ كلها بالتاء.

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٦٩)، و«الوقاية» لبرهاني الشريعة (ص: ١٦٠)، و«شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٥/٢٢)، و«التلويح» للتفتزاني (٢/٢٦٩).

مع بقاءِ أهليَّتِه».

وشرطُه: قدرةُ المُكرِه على إيقاع ما هَدَّدَ به؛ سلطانًا كان أو لِصًّا،..........

وفي «القهستاني»: أن الإكراه لم يتحقق مع الرضا، وهذا صحيح قياسا، وأما استحسانا: فلا؛ لأنه لو هُدِّد بحبس أبيه أو ابنه أو أخيه أو أمه أو زوجته أو واحد من محارمه ولادا كبيع أو هبة أو غيره: كان إكراها استحسانا، فلا ينفذ شيء من هذه التصرفات[1]، وينفذ قياسا؛ لأن هذا ليس بإكراه حقيقة.

(مع بقاءِ أهليَّتِه») أي: الإكراه بقسمَيْه -الصحيحِ الاختيار، وفاسدِه- لا ينافي أهلية الوجوب والأداء؛ لأنها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ، والإكراهُ لا يُخِل بشيء منها، ألا ترى أنه متردد بين فرض وخطر ورخصة، ومرة يأثم ومرة يثاب كما في «القهستاني»[2].

(وشرطُه) أي: شرط الإكراه مطلقا أربعة:

* **الأول:** (قدرةُ المُكرِه) -بكسر الراء- ([على إيقاع][3] ما هَدَّدَ به؛ سلطانًا كان أو لِصًّا)، هذا عندهما؛ لأن كل متغلب قادرٌ على الإيقاع.

وعند **الإمام**: لا إكراه إلا من السلطان؛ لأن القدرة لا تكون بلا منعة، والمنعةُ للسلطان.

قالوا: هذا اختلاف عصرٍ وزمانٍ، لا اختلاف حجةٍ وبرهانٍ؛ لأن زمان **الإمام** لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما يتحقق منه الإكراه، وزمانهما كان فيه ذلك، فيتحقق الإكراه من كل متغلب؛ لفساد زمانهما، والفتوى على قولهما كما سيأتي.

وفي «البزازية»: الزوج سلطان زوجته، فيتحقق منه الإكراه[4].

ولم يذكر الخلاف، وسوقُ اللفظ يدل على أنه على الوفاق، وفي «المنح» تفصيل[5]، فليطالع.

وفي «الظهيرية»: أن مجرد الأمر من السلطان إكراه من غير تهديد.

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٦٧).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٢٦٧).

(٣) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٦٠).

(٤) «الفتاوى البزازية» (٢/٢٦٤).

(٥) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٤٧/أ).

وخوفُ المُكرَه وقوعَ ذلك، وكونُه مُمتنِعا قبْلَه عن فعلِ ما أُكرِه عليه لِحقِّه أو لِحقِّ آخَرَ أو لِحقِّ الشرعِ، وكونُ المُكرَه به مُتلِفًا نفسًا أو عضوًا أو مُوجبًا غَمًّا يُعدِم الرِّضى.

فلو أُكرِه على بيعٍ أو شراءٍ أو إجارةٍ أو إقرارٍ..........................

---

* (و) **الثاني**: (خوفُ المُكرَه) -بالفتح- (وقوعَ ذلك) أي: ما هدَّد به الحامل بأن ظنَّ أنه يُوقِعه.

و«الحامل» أعم أن يكون حقيقيا كما إذا كان حاضرا، أو حكميا كما إذا كان غائبا ورسولُه حاضرٌ خاف الفاعل منه خوف المرسَل، وأما إذا غاب الرسول أيضا: فلا إكراه كما سيأتي.

* (و) **الثالث**: (كونُه) أي: كون المكره (مُمتنِعا قبْلَه) أي: قبل الإكراه (عن فعلِ ما أُكرِه عليه).

وفي «القهستاني»: إذ لو لم يَمتنع عنه: لم يكن إكراها؛ لفوات ركنه -وهو: فوت الرضا- كما أشير إليه في «الاختيار»، وفيه دلالة على أن هذا الشرط مستدرك[(١)].

(لِحقِّه) أي: لحق نفسه كبيع ماله أو إتلافه بلا عوض، أو إعتاق عبده ولو بمال، أو أجر أخروي، (أو لِحقِّ) شخصٍ (آخَرَ) كإتلاف مالٍ آخر، (أو لِحقِّ الشرعِ) كشرب الخمر والزنا ونحوهما؛ لأن الإكراه لهذه الحقوق يُعدِم الرضا؛ لامتناعه قبل الإكراه.

* (و) **الرابع**: (كونُ المُكرَه به مُتلِفًا نفسًا أو عضوًا) من الأعضاء، (أو مُوجبًا غَمًّا يُعدِم الرِّضى)؛ لأن من كان شريفا يغتمُّ بكلامٍ خشِنٍ، فيُعدُّ مثل هذا في حقه إكراها؛ إذ هو أشد له من ألَمِ الضرب، ومن كان رذيلا: فلا يغتمُّ بضرب مؤلِمٍ أو بحبس شديد، فلا يعدُّ الضرب مرة بسوط ولا الحبس ساعة بل يوما في حقه إكراهًا؛ لكون الأشخاص متفاوتا، ولذا قيَّد ما يوجب الغم بإعدام الرضا[١٦٧/ب].

وفي «المنح»: الإكراه بحق لا يُعدِم الاختيار شرعا كالعِنِّين إذا أكرهه القاضي بالفرقة بعد مضي المدة، ألا ترى أن المديون إذا أكرهه القاضي على بيع ماله: نفذ بيعه، والذمي إذا أسلم عبدُه فأُجبِر على بيعه: نفذ بيعه، بخلاف ما إذا أكرهه على البيع بغير حق[(٢)].

(فلو أُكرِه على بيعٍ) ماله، (أو شراءٍ) سلعة، (أو إجارةٍ) دار، (أو إقرارٍ) أي: على أن يقر

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٣٦٨/٢)، و«الاختيار» للموصلي (١٠٤/٢).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢٤٧/٢/أ).

بقتلٍ أو ضربٍ شديدٍ وحبسٍ مديدٍ: خُيّرَ بين الفسخِ والإمضاءِ.

ويَملِكه المُشترِي ملكًا فاسدًا إن قَبَضَه. ....

لرجل بدين (**بقتلٍ**) -متعلق بـ«أكره»- بأن قال: «افعَلْه، وإلا: أَقتُلْك»، (**أو**) أُكرِه على هذه الأشياء بنحو (**ضربٍ شديدٍ وحبسٍ**[1] **مديدٍ**) أو قيد مؤبد: (**خُيّرَ**) المكره بعد زوال الإكراه عنه (**بين الفسخِ**) أي: فسخ العقد الصادر، ويرجع عن الإقرار؛ لانعدام الشرط -هو: الرضا- بالإكراه؛ سواء كان الإكراه ملجئا أو غير ملجئ، (**والإمضاءِ**)؛ لأن العقد والإقرار يثبت الملك ولو بإكراه، ويمنع النفاذ الذي لا يكون فيه حق الاسترداد للعاقد؛ لأن هذا النفاذ يتوقف على العقد بالطوع.

(**ويَملِكه**) أي: المبيع (**المُشترِي ملكًا فاسدًا إن قَبَضَه**) أي: إذا باع مكرها: ثبت فيه الملك إن قبض المشتري المبيع عندنا.

وعند **زفر والأئمة الثلاثة**: لا يثبت؛ لأنه بيع موقوفٌ، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك[2].

ولنا: أنه فات شرطه -وهو: الرضا- بعد وجود الركن، فصار كسائر الشروط المفسدة، فيثبت الملك.

* وبعضُ المشايخ جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره، وصورته: أن يقول البائع للمشتري: «بعت هذا العين منك بدين لك علي على أني متى قضيت ديني: فهو لي».

* وبعضهم جعلوه رهنا لا يملكه المشتري ولا ينتفع به، وأي شيء أكل من زوائده يَضمن ويَستردُّه عند قضاء الدين، ولو استأجره البائع: لا تلزمه الأجرة، وسقط الدين بهلاكه.

* وبعضهم جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الأحكام -وهو: الانتفاع به- دون البعض -وهو: البيع-، وفي «النهاية»: وعليه الفتوى[3].

* وبعضهم جعلوه بيعا باطلا.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أو حبس».

(٢) «الوسيط» للغزالي (٤٦/٧)، و«النوادر والزيادات» للقيرواني (٢٧٤/١٠)، و«كشاف القناع» للبهوتي (١٥٠/٣).

(٣) «النهاية» للسغناقي (٢/٣٠٨/ب).

فلو أَعتَقَ: صحَّ إعتاقُه، ولَزِمَه قِيمتُه.

وقبضُ الثمنِ أو تسليمُ المبيعِ طوعًا إجازةٌ، لا فعلُهما كرهًا ولا دفعُ الهبةِ طوعًا بعد ما أُكرِه عليها.

فإن هَلَكَ المبيعُ في يدِ مشترٍ غيرِ مكرَهٍ: لَزِمَه قِيمتُه، ....

وفي «الكافي»: والصحيح: أن العقد الجاري بينهما إن كان بلفظ البيع: لا يكون رهنا، ثم يُنظَر؛

* إن ذكَرَا شرط الفسخ في البيع عند أداء الدين: فسد.

* وإن لم يذكرَا، أو تلفَّظَا بلفظ البيع بالوفاء، أو تلفَّظَا بالبيع الجائز والحال أن عندهما -أي: في زعمهما- هذا البيع عبارة عن بيعٍ غيرِ لازم: فإنه يفسد حينئذ؛ عملا بزعمهما.

* وإن ذكَرَا البيع من غير شرط، وذكَرَا الشرط على الوجه المعتاد: جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالميعاد[(١)].

ثم فرَّع عليه بقوله:

(**فلو أَعتَقَ**) المشتري: (**صحَّ إعتاقُه**)؛ لكونه ملَكَه، وكذا تصرفه فيه تصرُّفا لا يمكنه نقضه، (**ولَزِمَه**) أي: المشتري (**قِيمتُه**)؛ لأنه أتلف ما ملَكه بعقد فاسد.

(**وقبضُ**) المكره (**الثمنِ**) من المشتري، (**أو تسليمُ المبيعِ**) للمشتري حال كونه (**طوعًا**) أي: طائعا -قيدٌ للمذكورين- (**إجازةٌ**) بالبيع؛ إذ القبض والتسليم طائعا دليل الرضا، (**لا فعلُهما كرهًا**) أي: إن قَبَض الثمن، وسلَّم المبيع مكرها: لا يَنفذ البيع؛ لعدم الرضا[١٦٨/أ]، (**ولا دفعُ الهبةِ طوعًا بعد ما أُكرِه عليها**) أي: إذا أكره على الهبة دون التسليم، وسلَّم طوعا: لا يكون إجازة؛ لأن غرض المكره إنما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة، والاستحقاقُ لا يثبت فيها بدون التسليم، فكان التسليم فيها داخلا في الإكراه، والإكراهُ في البيع يثبت بنفس العقد، ولم يكن التسليم فيه داخلا في الإكراه: فافترَقَا.

(**فإن هَلَكَ المبيعُ في يدِ مشترٍ غيرِ مكرَهٍ**) -بفتح الراء- والبائع مكره: (**لَزِمَه**) أي: المشتري (**قِيمتُه**) أي: قيمة المبيع للبائع المكره؛ لكون العقد فاسدا، فكان مضمونا عليه

---

(١) «الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/٢٥٨/أ).

وللبائعِ تضمينُ أيِّ شاء من المُكرِه أو المشتري. فإن ضَمَّنَ المُكرِه: رَجَعَ على المشتري بقيمتِه، وإن ضَمَّنَ المُشتريَ بعدما تَداوَلتْه البِيَاعات: نَفَذَ كلُّ شراءٍ وَقَعَ بعد شرائِه، لا يَنفُذ وَقَعَ قبلَه.

وإن أجازَ عقدًا منها: جازَ ما قبلَه أيضا، وله استردادُه إذا فَسَخَ لو باقيًا.

بالقيمة، (وللبائعِ تضمينُ أيِّ شاء من المُكرِه) -بكسر الراء- (أو[1] المشتري)؛ لأن لكل واحد منهما دخلا في هلاك ماله؛ واحد منهما بالذات، وواحد آخر بالواسطة؛

(فإن ضَمَّنَ المُكرِه) -بالكسر-؛ لكونه في حكم الغاصب لدفع مال المالك إلى المشتري: (رَجَعَ على المشتري بقيمتِه)؛ لأنه بأداء الضمان ملَكه، فقام مقام المالك المكره، فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد.

(وإن ضَمَّنَ) البائع (المُشتريَ) الأول من المشتريين بالقيمة (بعدما تَداوَلتْه البِيَاعات) بأن باعه المشتري من آخر، وباع آخر من آخر، ثم وثم، وإنما يلزم الضمان؛ لكونه في حكم غاصب الغاصب بأخذه المال بواسطة من كان آلةً للبائع، ولذا لا يرجع المشتري بما ضَمِن على المكرِه الذي كان واسطةً وآلةً للبائع: (نَفَذَ كلُّ شراءٍ وَقَعَ بعد شرائِه) أي: المشتري الأول؛ لكونه مالكا بالضمان، فظهر أنه باع ملك نفسه، وللبائع المكره أن يُضمِّن من شاء من المشتريين، فأيهم ضمَّنه: ملكه، وجازت البياعات التي بعده، و(لا يَنفُذ) الشراء الذي (وَقَعَ قبلَه[2]) أي: قبل الضمان؛ لعدم دخوله في ملك غيره قبل التضمين حتى يملّكه.

(وإن أجازَ) المالكُ المكرهُ (عقدًا منها) أي: من هذه البياعات: (جازَ ما قبلَه) أي: ما قبل هذا العقد (أيضا) أي: كما جاز ما بعده، ويأخذ هو الثمن من المشتري الأول؛ لأن البيع كان موجودا والمانعُ من النفوذ حقُّه، وقد زال المانع بالإجارة، فعاد الكل إلى الجواز، وفي الضمان يثبت المستند إلى حين القبض لا ما قبله.

(وله) أي: للمشتري (استردادُه) أي: الثمن (إذا فَسَخَ) البيع (لو) كان الثمن (باقيًا) في يد

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «و».

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لا ما وقع قلبه»، وفي ر: «(لا) ينفذ (ما) أي: الشراء الذي (وقع قبله)»، وفي المطبوع (٢/٥٦١): «(لا) ينفذ الشراء (ما) الذي (وقع قبله)»، وفي ن: «(لا ينفذ) الشراء الذي (ما وقع قبله)».

وضربُ سوطٍ وحبسُ يومٍ ليس بإكراهٍ إلا فيمن يَستضِرُّ به بكونه ذا مَنصِبٍ.

وإن أُكرِه على أكلِ ميتةٍ أو دمٍ أو لحمِ خنزيرٍ أو شربِ خمرٍ بضربٍ أو حبسٍ أو قيدٍ: لا يَحِلُّ التناوُلُ، ....

البائع والمكره؛ لفساد البيع، وإن كان هالكا: لا يأخذ منه شيئا؛ لكونه أمانة في يده؛ لأنه أخذه بإذن المشتري.

ولو ذكر هذه المسألة عقيب قوله: «لا فعلهما كرها» كما في أكثر الكتب: لكان أنسب، تتبَّع.

(وضربُ سوطٍ وحبسُ يومٍ ليس بإكراهٍ)؛ فإنه لا يبالي بمثله عادة، فلا يُعدِم الرضا وهو شرط لثبوت حكم الإكراه، (إلا فيمن) أي: في حق من (يَستضِرُّ به) أي: بضرب سوط وحبس يوم (بكونه[1] ذا مَنصِبٍ)، فيكون مكرها بمثله؛ لأن ضرره أشدُّ من ضرر الضرب الشديد، فيفوت به الرضا.

وفي «المبسوط»: الحد في الحبس الذي هو إكراهٌ ما يجيء به الاهتمام البَيِّن به، وفي الضرب الذي هو إكراهٌ ما يجد منه الألم الشديد، وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه؛ لأن المقادير لا يكون بالرأي، ولكنه على قدر ما يرى الحاكم إذا رُفِع إليه[2].

(وإن أُكرِه على أكلِ ميتةٍ أو) أكلِ (دمٍ).

ووقع في «الإصلاح»: أو شرب دم[3]؛ لأن الدم من المشروب لا من المأكول، لكن يمكن التوفيق بأن يكون مأكولا فيما إذا كان جامدا أو مشروبا فيما إذا كان سائلا، تدبَّرْ.

(أو) أكلِ (لحمِ خنزيرٍ أو) أُكرِه على (شربِ خمرٍ بضربٍ أو حبسٍ أو قيدٍ: لا يَحِلُّ) للمكره (التناوُلُ)؛ لأن هذا لا يكون إكراها ملجئا؛ إذ لا يضطرُّ بمثله أكثر الناس، فيلزم عليهم التحمل إلا أن يقول: «لَأضربَنَّ على عينيك» أو «... ذكرك».

وفي «البزازية»: الإكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لا يوجب الإكراه إذا لم يمنع الطعام والشراب؛ لعدم الإفضاء إلى تلف نفسٍ أو مالٍ، وإنما يوجبان غمًّا، والتناولُ للمحرَّم لإزالة الغم لا يحل.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لكونه».

(٢) «المبسوط» للسرخسي (٢٤/٥١).

(٣) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٣٣٩).

وإن بقتلٍ وقطعِ عضوٍ: حَلَّ. ويَأثَم بصبرِه على التلفِ إن عَلِمَ الإباحةَ كما في المَخمَصَة.

وإن أُكرِه على الكفرِ أو سبِّ النبي ﷺ بقتلٍ أو قطعِ عضوٍ: رُخِّصَ له إظهارُه وقلبُه مطمئِنٌّ بالإيمان. ....

ومن المشايخ من قال: لو ذا تنعُّم يقع في قلبه أنه بالحبس المذكور أو بالحبس في بيت مظلمٍ يَخاف عليه التلفَ غما أو على عضو من أعضائه أو عينه بظلمة المكان: يَحل.

ومحمدٌ لم يجعل الحبس الذي كان في زمانه -وهو: المكث المجرد- إكراها، أما الحبس الذي أحدثوه اليوم: فهو إكراه؛ لأنه تعذيب، لا حبسٌ مجردٌ[1][١٦٨/ب].

(وإن) أُكرِه على تناوُل هذه الأشياء (بقتلٍ أو[2] قطعِ عضوٍ: حَلَّ) تناوُلها؛ لأن الإكراه ملجئ بهما، وحرمة هذه الأشياء مقيَّدة بحالة الاختيار، وأما حالة الاضطرار: فمُبْقاةٌ على أصل الحل؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ﴾ [الأنعام: ١١٩].

(ويَأثَم) المكره (بصبرِه على التلفِ إن عَلِمَ الإباحةَ)؛ لأنه امتنع عن مباح، وألقى نفسه في مهلكة (كما في المَخمَصَة) أي: كما يكون آثما بالصبر في حالة المخمصة والجوع، فأتلف نفسه.

وذكر شيخ الإسلام: أن المكره إنما أَثِم إذا عَلِم بالإباحة ولم يتناول، وأما إذا لم يعلم: فقد رجونا أن يكون في سعة منه؛ لأنه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء.

(وإن أُكرِه على الكفرِ أو سبِّ النبي ﷺ بقتلٍ أو قطعِ عضوٍ: رُخِّصَ له إظهارُه) أي: إظهار الكفر أو غيره (وقلبُه مطمئِنٌّ بالإيمان) أي: غير متغير عقيدته؛ فإن المشركين أكرهوا عمَّارا، فأعطاهم ما أرادوا مع طمأنينة القلب، فقال ﷺ: «**فإن عادوا فعُدْ**»[3]؛ أي: إن عاد الكفار بالإكراه: فعُدْ إلى اطمئنان القلب بالإيمان فيما أجريته على لسانك، ونزل في حقه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة؛ لقيام التصديق، وفي الامتناع فوتُ النفس حقيقة، فيسعه الميل إليه.

---

(١) «الفتاوى البزازية» (٢/٢٦٤).

(٢) في الأصل، ح، م: «و»، والمثبت من ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «التفسير» (٢/٢٧٥/١٥٠٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢/٣٨٩/٣٣٦٢)، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» (١/١٤٠).

ويُؤجَر بالصبر على التلفِ، ولا رخصةَ بغيرهما.

وإن أُكرِه على إتلافِ مالِ مُسلمٍ بأحدهما: رُخِّصَ له والضمانُ على المُكرِه،.........

(**ويُؤجَر بالصبر على التلفِ**)؛ لأن خبيبا ﷺ قد صبر حين ابتلي حتى صُلِب، ولم يظهر كلمة الكفر، وسماه رسول الله ﷺ: «سيد الشهداء»، وقال في مثله: «**هو رفيقي في الجنة**»[1]، ولأن الحرمة قائمة والامتناع عزيمة، فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين وإقامةِ حق الله تعالى: كان شهيدا.

وفي «الإصلاح» وغيره تفصيل[2]، فليطالع.

(**ولا رخصةَ**) على إجراء الكفر على اللسان (**بغيرهما**) أي: بغير القتل والقطع؛ لأن غيرهما ليس بملجئ.

(**وإن أُكره على إتلافِ مالِ مُسلمٍ بأحدهما**) أي: بالقتل أو القطع: (**رُخِّصَ**) الإتلاف (**له**) أي: للمكره؛ لأن إتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما في المخمصة وقد ثبتت، (**والضمانُ على المُكرِه**) -بالكسر-؛ لأن المكره في حق الإتلاف آلة للمكره، فلم يلزم عليه الضمان.

وفيه إشارة:

* إلى الاحتراز عن الأكل والتكلم والوطء؛ فإن فيها لا يصلح آلة.

* وإلى أن المكره على الأخذ والدفع إلى المكره إنما يسعه إذا كان حاضرا عند

---

(١) أخرجه الواقدي في «المغازي» (١/٣٦٠)، وفيه قتله بالصلب والإكراه. قال الزيلعي في «نصب الراية»: قلت: غريب، وقتل خبيب في «صحيح البخاري» في مواضع، وليس فيه أنه صلب، ولا أنه أكره، ولا أن النبي ﷺ سماه: «سيد الشهداء»، ولا قال فيه: «هو رفيقي في الجنة». انظر: «الصحيح» للبخاري (٣٠٤٥).

والمعروف في قوله ﷺ: «**سيد الشهداء**» أنه في حمزة ﷺ كما أخرجه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٤٠٧٩/٢٣٨/٤)، والحاكم في «المستدرك» (٢٥٥٧/١٣٠/٢).

وقوله ﷺ: «**هو رفيقي في الجنة**» أنه وقع في يوم أحد حين أُفرِد في سبعة من الأنصار ورجلين من قريش... كما أخرجه مسلم في «صحيحه» ١٠٠-(١٧٨٩)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (١٤٠٥٥/٤٤٣/٢١).

(٢) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٣٤٦/٢)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (١٧٧/٧).

أو على قتلِه أو قطعِ عضوِه: لا يُرخَّص، فإن فَعَلَ: فالقصاصُ على المُكرِه فقط، وعند أبي يوسف: لا يجب على واحدٍ.

المكره، فإن كان أرسله لِيَفعل فخاف إن ظفر يفعل ما يوعده: لم يحل له الإقدام على ذلك؛ لزوال القدرة على ذلك والإنجاء بالبعد منه.

وبهذا تبيَّن أنه لا عذر لأعوان الظَّلَمة في أخذ الأموال من الناس عند غيبة الآمرين، وتعلُّلهم بأمرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر إلا أن يكون رسول الآمر معه على أن يردَّه عليه، فيكون بمنزلة حضور الآمر.

(**أو**) إن أُكرِه (**على قتلِه**) أي: قتل غيره، (**أو قطعِ عضوِه**) بالقتل أو القطع: (**لا يُرخَّص**) له في ذلك، بل يلزم الصبر عليه، فإن قتَله: أَثِم؛ لأن قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما، فكذا بهذه الضرورة إلا أن يَعلم أنه لو لم يقتله: قتَله.

وكذا لو أُكرِه على الزنا: لا يرخص، وفي جانب المرأة يُرخَّص لها الزناء بالإكراه الملجئ، ولا يلزم عليها الحد كما في «التنوير»[1] إذا أكرهت بغير ملجئ.

(**فإن فَعَلَ**) أي: إن قتَل أو قطَع العضو بالكره: (**فالقصاصُ على المُكرِه**) -بكسر الراء- (**فقط**) أي: دون المكرَه -بالفتح- إن كان القتل عمدا؛ لكونه حاملا، ولا يُقتصُّ القاتل؛ لأنه آلة له كالسيف، هذا عند الطرفين.

(**وعند أبي يوسف: لا يجب**) القصاص (**على واحدٍ**)[2] منهما؛ لأن الحد مضاف إلى المكره من وجه؛ لأنه المباشر، وإلى المكره من وجه؛ لأنه الحامل، فهو كالدافع إلى القتل، فتمكَّنت فيه الشبهة في الجانبين، فلا قصاص على واحد منهما، والديةُ من مالهما؛ إذ العاقلة لا تتحمَّلها في العمد.

وعند زفر: يُقتصُّ من الفاعل فقط؛ لأنه هو المباشر حقيقة، وكذا حكما، لا على المكره.

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٦).

(٢) في الأصل: «(وعند أبي يوسف) لا يجب القصاص على واحد)»، وفي ر، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «(وعند أبي يوسف: لا قصاص على أحد)»، وهو الصواب، وفي م، ح وقع في أثناء الشرح، وفي غ، والمطبوع (٥٦٢/٢): «(وعند أبي يوسف) لا يجب (قصاص على أحد)»، والمثبت من ن؛ للتقارب بينه وبين ألفاظ الشارح.

ولو أُكرِه على أن يَتردَّى من جبلٍ، ففَعَلَ: فدِيَتُه على عاقلةِ المُكرِه. وعند أبي يوسف: في ماله. وعند محمد: عليه القصاصُ.

ولو أُكرِه بقتلٍ على تَردٍّ أو اقتحامِ نارٍ أو ماءٍ، وكلٌّ مُهلِكٌ: فله الخيارُ في الإقدام عليه والصبرِ. وقالا: يَلزَمه الصبر.

وعند **الأئمة الثلاثة**: يقتص كل منهما؛ لكون الفاعل مباشرا، والحاملِ سببا[1].

(**ولو أُكرِه على أن يَتردَّى**) أي: يسقط (**من جبلٍ، ففَعَلَ**) أي: تردَّى: (**فدِيَتُه على عاقلةِ المُكرِه**)؛ لأنه لو باشر: لا يجب عليه القصاص؛ لأنه في معنى القتل بالمثقل، بل فيه الدية على العاقلة، فكذا إذا أُكرِه عليه، وهذا عند الإمام.

(**وعند أبي يوسف**): تجب الدية (**في ماله**) أي: في مال المكره؛ لِما مرَّ: أن القتل الحاصل بالإكراه لا يوجب القصاص عنده.

(**وعند محمد: عليه**) أي: على المكره (**القصاصُ**)؛ لأن القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده، فيجب القصاص[١٦٩/أ].

(**ولو أُكرِه بقتلٍ على تَردٍّ**) أي: على سقوط من مكان عالٍ، (**أو اقتحامِ نارٍ**) أي: لو أكر بقتل على إدخال نفسه في نار، (**أو ماءٍ، وكلٌّ**) أي: كل واحد من هذه الثلاثة (**مُهلِكٌ: فله**) أي: للمكره (**الخيارُ في الإقدام عليه والصبرِ**) عند الإمام؛ لأنه ابتُلِي ببَلِيَّتين متساوِيَتين في الإفضاء إلى الإهلاك، فيختار ما هو الأهون في زعمه.

(**وقالا: يَلزَمه الصبر**) أي: يصبر، ولا يفعل ذلك؛ لأن مباشرة الفعل سعيٌ في إهلاك نفسه، فيصبر تحاميا عنه.

ثم إذا ألقى نفسه: فعلى المكره قصاص؛ لأنه مضطرٌّ إلى الإلقاء، وعندهما: لا قصاص؛ لأنه مختار في إلقاء نفسه.

قيَّد بـ«القتل»؛ لأنه لو أكره بالعصا: ليس له الإقدام اتفاقا.

وقيَّد بقوله: «كلٌّ مهلكٌ»؛ لأنه لو لم يكن كذلك: كان له الإقدام اتفاقا كما في «شرح المجمع»[2].

---

(١) «الأم» للإمام الشافعي (٤٤/٦)، و«بداية المجتهد» لابن رشد (١٧٨/٤)، و«الكافي» لابن قدامة (٢٦٠/٣).

(٢) لم نجده في «شرح مجمع البحرين» للمؤلف نفسه، و«شرح ابن ملك» عليه، وكأنه قصد شرحا آخر.

ولو وَقَعتْ نارٌ في سفينةٍ؛ إن صَبَرَ احتَرَقَ، وإن ألَقَى نفسَه غَرِقَ: فله الخيارُ عند الإمام. وعند محمد: يَلزَمه الثباتُ.

وإن أُكرِه على طلاقٍ أو إعتاقٍ أو توكيلٍ بهما: نَفَذَ، ويَرجِع بقيمةِ العبدِ على المُكرِه.

(**ولو وَقَعتْ نارٌ في سفينةٍ**)، فكان بحيث؛ (**إن صَبَرَ احتَرَقَ، وإن ألَقَى نفسَه**) في الماء: (**غَرِقَ: فله**) أي: لمن ابتلي به (**الخيارُ**) بين الصبر والإلقاء (**عند الإمام**).

(**وعند محمد: يَلزَمه الثباتُ**).

وعن **أبي يوسف** روايتان؛ مع **الإمام في** رواية، ومع **محمد** في رواية، وعلة **الطرفين** قد مرت قبيله، وأصل هذه المسألة في «السير الكبير»، ذكره ابن الساعاتي[1].

(**وإن أُكرِه على طلاقٍ**) امرأته، (**أو إعتاقٍ**) عبده، (**أو توكيلٍ بهما**) أي: بالطلاق والإعتاق، ففعَل؛ أي: أعتق عبده، أو طلَّق امرأته، أو وكَّل بهما، فأعتَق الوكيل أو طلَّق: (**نَفَذَ**)؛ لأن الإكراه لا ينافي الأهلية.

خلافا **للأئمة الثلاثة**[2]، والقياس: أن لا تصح الوكالة؛ لأنها تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه كالبيع وأمثاله.

وجه الاستحسان: أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع، ولكن يوجب فساده، فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه، والشروطُ الفاسدةُ لا تؤثر؛ لكونها من الإسقاطات، فإذا لم يبطل: فقد نفَذ تصرُّف الوكيل.

فعلى هذا ما وقع في «الفوائد الزينية» من: «أنه لو أُكرِه على الطلاق: وقع، إلا إذا أكره على التوكيل به: فوكل» يجري على القياس، لا على الاستحسان، تدبَّرْ.

(**ويَرجِع**) المكرَه (**بقيمةِ العبدِ**) المعتَق (**على المُكرِه**) -بالكسر- في صورة الإعتاق؛ لأنه يصلح آلة للحامل نظرا إلى الإتلاف لا إلى تكلُّمه؛ لأن كلامه بالإعتاق لا يصلح آلة للحامل، بل يضاف إليه، ولذا يكون الولاء للمكره لا للحامل، فيضمنه؛ لإتلافه وإخراجه عن ملكه؛ سواء كان موسرا أو معسرا؛ لأنه ضمان إتلاف، فلا يختلف باليسار والإعسار،

---

(١) «شرح مجمع البحرين» لابن الساعاتي (٣٢٤/٩)، و«شرح السير الكبير» للسرخسي (ص: ١٥٠٩).

(٢) «النوادر والزيادات» للقيرواني (٢٥٤/١٠)، و«الغاية» للعز بن عبد السلام (٤١٩/٥)، و«المغني» لابن قدامة (٢٨٣/٧).

وكذا بنصفِ المهرِ لو قبْلَ الدخولِ، ولا رجوعَ لو بعْدَه.

ولا سعاية على العبد، ولا يرجع المكره على العبد؛ لأن الضمان وجب عليه بفعله، فلا يرجع به على غيره.

قيل: هذا إذا كان العتق بالقول، أما إذا كان بالفعل كما إذا اشترى ذا رحم محرم: لا يرجع المكره بالقيمة؛ لحصول العوض -وهو: صلة الرحم-.

وفي «التجريد»: ومن أُكرِه على شراء ذي رحم محرم منه بعشرة آلاف وقيمتُه ألفٌ، أو كان المشتري جعَله حرا؛ إن ملَكه، ففعل: فهو حر، وعلى المشتري قيمة ألف، وبطلت الزيادة، ولا يرجع على الذي أكرهه بشيء.

(**وكذا**) يَرجع المكرَه على المكرِه في صورة التطليق (**بنصفِ المهرِ**) إذا سمَّى، أو يرجع على المكره بما لزمه من المتعة إذا لم يُسمِّ (**لو**[1]) كان (**قبْلَ الدخولِ**)؛ لأن المكرَه يصلح آلة للحامل في إتلاف المال، لا في إيقاع الطلاق؛ لأن ما عليه من المهر أو المتعة كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها كالارتداد أو تقبيل ابن الزوج، وقد تأكَّد ذلك بالطلاق كرها، وكان هذا تقريرا للمال، فيضاف التقرير إلى الحامل، فكان متلفا له، فيرجع الزوج عليه.

(**ولا رجوعَ**) عليه (**لو**) كان الطلاق (**بعْدَه**) أي: بعد الدخول؛ لأن المهر هنا تقرَّر بالدخول لا بالطلاق، والدخولُ ليس بصنع من المكرِه.

وفي «الجواهر»:

* لو قال لعبده: «إن دخلت الدار: فأنت حر»، فأُكرِه على الدخول: عتَق، ولم يضمن المكرَه شيئا.

* وكذا لو أكره على أن يتزوَّج امرأة قد كان جعلها طالقا إن تزوَّجها، فتزوجها وغَرِم نصف المهر: لم يرجع على من أكرهه بشيء.

* ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا، ففعل، ثم ملك مملوكا بهبة أو صدقة أو شراء: عتق عليه، ولم يغرم الذي أكرهه شيئا، ولو ورث مملوكا: ضمن الذي أكرهه قيمته استحسانا[١٦٩/ب].

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لو الطلاق».

وصحَّ يمينُ المكرَهِ ونذرُه وظِهارُه؛ ولا يَرجِع بما غَرِمَ بسبب ذلك، ورَجعتُه وإيلاؤُه وفَيْؤُه فيه. وكذا إسلامُه، لكن لا قتْلَ فيه لو ارتَدَّ.

ولا يصحُّ إبراؤُه، ....

(وصحَّ يمينُ المكرَهِ) بشيء من الطاعات أو المعاصي، (و) صحَّ (نذرُه) أي: نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها، (و) صحَّ (ظِهارُه) أي: ظهار المكره - هو: تشبيه امرأته بظهر أمه، فيحرم عليه قربانها حتى يُكفِّر-؛ لأن كل واحد منها لا يحتمل الفسخ، فلا يتأتى فيه الإكراه، (ولا يَرجِع) المكرَه على الحامل في الصوَر الثلاث (بما غَرِمَ بسبب ذلك)؛ إذ لا مطالب له في الدنيا.

(و) صحَّ (رَجعتُه) أي: لو أكره أن يُراجِع امرأته، فراجَعها: صحَّ؛ لأنها استدامة النكاح، (وإيلاؤُه) بأن حلَف أن لا يَقرب امرأته، (وفَيْؤُه) أي: باللسان (فيه) أي: في الإيلاء؛ لأنه كالرجعة؛ لأن كل ما يَنفذ مع الهزل: ينفذ مع الإكراه.

(وكذا[1]) يصحُّ (إسلامُه) أي: إذا أسلم مكرها: يُحكَم عليه بالإسلام؛ لأنه لمَّا احتمَل: رجَّحنا الإسلام احتياطا؛ لأنه يعلو ولا يعلى كما في أكثر المعتبرات[2].

فبهذا عُلِم أن ما في «الخانية» من: «أن إسلام المكره إسلامٌ عندنا إن كان حربيًا، وإن كان ذميًا: لا يكون إسلاما»[3] محمولٌ على جواب القياس؛ لأنه يصح في الاستحسان كما في المتن.

(لكن لا قتْلَ فيه لو ارتَدَّ) بعد الإسلام مكرها؛ لأن في إسلامه شبهة دارئة للقتل، ونظيره السكران؛ فإن إسلامه صحيح، وكفره لا يصح، ولا يحكم بردته؛ لعدم القصد كما في «شرح الكنز»[4].

(ولا يصحُّ إبراؤُه) أي: إبراء المكره دينَه عن مديونه أو عن كِفْل مديونه؛ لكونهما مما يَحتمل الفسخ كالبيع، فالفاعل بعد زوال الكره يصير مخيرا.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» بدون لفظة: «كذا».

(٢) «المبسوط» للسرخسي (١٠/١٢٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٨٩)، و«تكملة البحر الرائق» للطوفي (٨/٨٨).

(٣) «الخانية» لقاضي خان (٣/٥١٨).

(٤) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٣١٢).

ولا رِدَّتُه، فلا تَبِين بها امرأتُه. فإن ادَّعَتْ تحقُّقَ ما أظهَرَه، وادَّعى أن قلْبَه مطمئِنٌّ بالإيمان: صُدِّقَ.

ولو أُكرِه على الزِّنا، ففَعَلَ: حُدَّ ما لم يُكرِهه سلطانٌ. وعندهما: لا حَدَّ عليه، وبه يُفتَى. ....

وكذا لو أُكرِه الشفيع على أن يسكت عن طلب الشفعة، فسكت: لا تبطل شفعته.

(ولا) تصحُّ (رِدَّتُه)؛ لِما مرَّ من الرخصة في إظهار الكفر إذا أُكرِه بالملجئ، (فلا تَبِين بها) أي: بهذه الردة (امرأتُه)؛ لعدم الحكم بردته.

وإنما قيَّدنا «إذا أكره بالملجئ»؛ لأنه لو أُكرِه بغيره فقط: صحت ردته، فتَبِين امرأته.

(فإن ادَّعَتِ) المرأة (تحقُّقَ ما أظهَرَه، وادَّعى) المكرَه (أن قلْبَه مطمئِنٌّ بالإيمان: صُدِّقَ) استحسانا.

والقياس: أن يكون القول قولَها، فيفرق بينهما؛ لأن كلمة الكفر سببٌ للبينونة بها، فيستوي فيها الطائع والمكرَه كلفظة الطلاق.

وجه الاستحسان: أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة، وإنما يقع باعتبار تغيُّر الاعتقاد والإكراهُ دليل على عدم تغيُّره، فلا تقع الفرقة كما في «شرح الكنز»[1].

(ولو أُكرِه على الزِّنا، ففَعَلَ) المكرَه: (حُدَّ ما لم يُكرِهه سلطانٌ)؛ لِما مرَّ: أن الإكراه لا يتحقق من غيره عند الإمام، فالزنا لا يوجد مع الإكراه.

(وعندهما: لا حَدَّ عليه)؛ لِما مرَّ: أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره، فلا يحد في الصورتين، (وبه) أي: بقول الإمامين (يُفتَى)؛ إذ ليس فيه اختلافٌ يَظهر في حق الحجة؛ فإن حكم الإكراه لا خلاف فيه، وإنما النظر في أن يقع من غير سلطان أولا، فإن وقع من غيره إكراه ملجئ كما في زماننا: يجري على حكمه بلا نكير.

وقال زفر: يُحدُّ؛ لأن انتشار الآلة دليل الطواعية.

ولنا: أن انتشار الآلة قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم والصبي كما في بعض المعتبرات[2].

---

(١) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٣١١).

(٢) «الاختيار» للموصلي (٢/١٠٨).

....

فعلى هذا اندفع ما قال صاحب «الإصلاح» من: أن مدار الجواب هنا ليس على ذلك الأصل الخلافي كما ذهب إليه كثير من الناظرين في هذه المسألة، بل على أصلٍ آخرَ قرَّره الزاهدي حيث قال: إن الإكراه لا يتصور في الزنا؛ لأن الوطء لا يحصل إلا بانتشار الآلة، والإكراهُ لا يتصور في الانتشار، فكان طوعا، فيجب الحد إلا أن يُكرِهه السلطان؛ لأن إقامة الحد إليه وهو الذي حمله عليه[1]، انتهى؛ لأنه ليس على الأصل معتبر، بل على قول زفر كما في «شرح الوقاية» لابن الشيخ.

وفي «التنوير»:

* أَكرَهَ القاضي ليُقِرَّ بسرقة أو قتلِ رجل بعمدٍ أو بقطع يد رجلٍ بعمد، فأقرَّ بذلك، فقطعت يده أو قُتِل؛ إن كان المقِرُّ موصوفا بالصلاح: اقتُصَّ من القاضي، وإن متَّهَما بالسرقة معروفا بها وبالقتل: لا يُقتَصُّ من القاضي استحسانا؛ لوجود الشبهة.

* صادَره السلطان ولم يُعيِّن بيع ماله، فباعه: صحَّ، والحيلة له فيه: «من أين أعطي ولا مال لي»؛ فإذا قال الظالم: «بع جاريتك» وقد صار مكرها على بيع الجارية: فلا ينفذ بيعها.

* المكرهُ بأخذ المال لا يضمن بأخذه إذا نوى وقت الأخذ أنه يردُّه على صاحبه، وإلا: يضمن، وإن اختلفا في النية: فالقول للمكره مع يمينه[2][١٧٠/أ].

** ** **

(١) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٣٤٣).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (٢/١٠٨).

كتاب الحَجْر: هو: «منعُ نَفاذِ تصرُّفٍ قوليٍّ».

وسببُه: الصِّغرُ، والجنونُ، ....

(كتاب الحَجْر)

المناسبة بين الكتابين: أن كل واحد منهما من العوارض التي تُزِيل سبب الولاية والرضا.

وسببُ تأخير هذا الكتاب عن «الإكراه»؛ لأن ما تقدَّم عليه متفق عليه، وهذا مختلف فيه.

(هو):

في اللغة: المنع مطلقا أيَّ منعٍ كان، ومنه سمي الحطيم: «حجرا»؛ لأنه منع من الكعبة[1]، ومنه سمي العقل: «حجرا»؛ لأنه يمنع القبائح، ومنه قوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥]؛ أي: لذي عقل.

وفي العرف: عبارة عن منع حكمي كـ«النهي»، إلا أن التصرف في «الحجر» لا يفيد الملك بحال في البيع، وفي «النهي» يفيده بعد القبض كما في البيع الفاسد، فهذا فرقٌ بين «الحجر» و«النهي» من حيث الحكم، وكذا يُفرَّق من حيث الماهية؛ لأن «الحجر» هو: المنع لِحق الغير، و«النهي» هو: المنع لِحق الشرع.

وفي الشرع: (**«منعُ نَفاذِ تصرُّفٍ قوليٍّ»**)؛ لأن الحجر في الحكميَّات دون الحسيَّات، ونفوذُ القول حكميٌّ، ألا ترى أنه يُردُّ ولا يقبل، والفعلُ حسيٌّ لا يمكن رده إذا وقع، فلا يتصور الحجر عنه، وهو المراد بقوله: «هو: منع نفاذ تصرف قولي».

(**وسببُه**[2]) أي: الحجر (**الصِّغرُ**) بأن يكون غير بالغ، فإن كان غير مميز: كان عديم العقل، وإن كان مميزا: فعقله ناقص، فالضرر محتمل، وإذا أذن له الولي: صحَّ تصرفه؛ لترجُّح جانب المصلحة.

(**والجنونُ**).

---

(١) وفي «شرح الوقاية» لابن الشيخ: ومنه «الحجر» -بالحركات الثلاثة- للحرام؛ لكونه ممنوعا عنه، وكذا يسمى الحجر: «حجرا»؛ لامتناعه عند التأثير فيه لصلابته. (داماد، منه).

(٢) هكذا في الأصل، ن، والمطبوع (٥٦٤/٢)، وفي ر، ح، م، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أسبابه».

والرِّقُّ. فلا يصحُّ تصرُّفُ صبيٍّ أو عبدٍ بلا إذنِ وليٍّ أو سيِّدٍ، ولا تصرُّفُ المجنونِ المغلوبِ بحالٍ. ومن عَقَدَ منهم وهو يَعقِله: فوليُّه ....

وفي «الدرر»: فإن عَدِم الإفاقة: كان عديم العقل كصبيٍّ غيرِ مميز، وإن وُجِدت في بعض الأوقات: كان ناقص العقل كصبيٍّ عاقلٍ في تصرُّفاته.

وأما المعتوه: فاختلفوا في تفسيره، وأحسن ما قيل فيه: هو من كان قليلَ الفهم مختلطَ الكلام فاسدَ التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يَفعل المجنون[1].

(والرِّقُّ) ليس بسبب للحجر في الحقيقة؛ لأنه مكلفٌ محتاجٌ كاملُ الرأي كالحر غير أنه وما في يده ملكُ المولى، فلا يجوز أن يتصرف لأجل حقه، فإن أذن المولى: رضي بفوات حقه.

اعلم أنه تعالى شرَّف البشر على الإنعام بالعقل، وركَّب فيهم الهوى والعقل، وجعَل في الملائكة العقل دون الهوى وفي البهائم الهوى دون العقل، فمن غلب عقله على هواه: كان أفضل خلقه؛ لِما يُقاسِي من مخالفة الهوى، ومن غلَب هواه على عقله: كان أردى من البهائم، قال الله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ كَٱلۡأَنۡعَٰمِ بَلۡ هُمۡ أَضَلُّۚ﴾ [الأعراف: ١٧٩]، فجعَل بعضهم ذوي النُّهى حتى كان بعضهم أئمةَ الهدى ومصابيحَ الدجى، وابتَلَى بعضهم من الرَّدى كالجنون والعته والصغر، وجعَل تصرُّف الصغير والمعتوه غيرَ نافذ بالحجر عليهما؛ كي لا يتعلق بهم الضرر باحتيال بعض من يعاملها، وجعل الصِّبا والجنون سببا للحجر عليهما؛ كل ذلك رحمة منه ولطفا كما في «التبيين»[2].

ثم فرَّعه بقوله:

(فلا يصحُّ تصرُّفُ صبيٍّ أو عبدٍ بلا إذنِ وليٍّ أو سيِّدٍ)؛ لما قرَّرنا قبيله.

هذا لفٌّ ونشرٌ مرتَّبٌ، فلو قال: «وسيدٍ» بالواو: لكان أولى.

(ولا) يصحُّ (تصرُّفُ المجنونِ المغلوبِ بحالٍ) ولو أجازه الولي؛ لعدم عقله.

قيَّد بـ«المغلوب»؛ أي: المستغرق؛ لأنه إن كان يُجَنُّ تارة ويَفيق أخرى: فهو حال إفاقته كالعاقل.

(ومن عَقَدَ منهم) أي: من هؤلاء المحجورين (وهو يَعقِله) أي: يعقل العقد[3]: (فوليُّه

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٧٣).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/١٩١).

(٣) قوله: «يعقل العقد»؛ أي: يعرف أن البيع سالبٌ للملك والشراء جالبٌ له، ويعلم الغبن الفاحش =

مخيَّرٌ بين أن يُجِيزه أو يَفسَخه. ومن أَتلَفَ منهم شيئا: فعليه ضمانُه.

ولا يصحُّ طلاقُ الصبيِّ أو المجنونِ، ولا إعَتاقُهما، ولا إقرارهما.

وصحَّ طلاقُ العبدِ و ....

مخيَّرٌ بين أن يُجِيزه) أي: العقدَ (أو يَفسَخه)؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة: يحتمل أن يكون في عقده مصلحة، فيجيزه الولي أو المولى إن رأى فيه ذلك كعقد الأجنبي.

وعند الأئمة الثلاثة: لا تصح إجازته[١].

(ومن أَتلَفَ منهم) أي: من المحجورين (شيئا: فعليه) أي: على من أتلفَ (ضمانُه) بالإجماع؛ لأنهم غير محجورين عليهم في الأفعال.

(ولا يصحُّ طلاقُ الصبيِّ أو المجنونِ).

ولو قال: «والمجنون» بالواو: لكان أولى.

(ولا) يصح (إعَتاقُهما[٢])؛ لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث؛ عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق»[٣]، وظاهره يقتضي أن لا يتعلق بأقوالهما حكمٌ، وكذلك لا يقع طلاقهما ولا عَتاقهما[٤]، (ولا إقرارهما)؛ لنقصان عقلهما أو عدمه.

(وصحَّ طلاقُ العبدِ)؛ لقوله ﷺ: «لا يملك العبد والمكاتب إلا الطلاق»[٥]، (و) صحَّ

= من اليسير، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة. (داماد، منه).

(١) «التنبيه» للشيرازي (ص: ١٠٣)، و«الإشراف» لعلي بن نصر (٥٩٣/٢)، و«المغني» لابن قدامة (٣٥٣/٤).

(٢) في الأصل: «عتاقهما»، والمثبت من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٦٥/٢).

(٣) علَّقه البخاري في «صحيحه» (٤٥/٧) عن علي ﷺ موقوفا، وأخرجه مرفوعا أبو داود في «سننه» (٤٤٠١)، وابن ماجه في «سننه» (٢٠٤١)، والنسائي في «سننه» (٣٤٣٢)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٢٤٦٩٤/٢٢٤/٤١).

(٤) هكذا في الأصل، ر، وفي بقية النسخ، والمطبوع (٥٦٥/٢): «إعتاقهما».

(٥) قال الزيلعي في «نصب الراية» (١٦٥/٤): «غريب»، وقال ابن حجر في «الدراية» (١٩٨/٢): «لم أجده»، ثم ذكرا ما أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢٠٨١)، والدارقطني في «سننه» (٣٩٩١/٦٧/٥) من حديث ابن عباس ﷺ حيث قال: أتى النبي ﷺ رجل، فقال: «يا رسول الله! إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها»، فصعد النبي ﷺ المنبر، وقال: «يا أيها الناس! ما بال أحدكم يُزوِّج =

إقرارُه في حقِّ نفسِه، لا في حقِّ سيِّدِه. فلو أقرَّ بمالٍ: لَزِمَه بعد عتقِه، وإن بحدٍّ وقَوَدٍ: لَزِمَه في الحال.

ولا يُحجَر على السفيهِ وإن كان مُبذِّرا. وإن بَلَغَ غيرَ رشيدٍ: لا يُسلَّم إليه مالُه ....

(**إقرارُه**) أي: إقرار العبد (**في حقِّ نفسِه**)؛ لكونه مكلفا وأهلا، (**لا في حقِّ سيِّدِه**)؛ لعدم ولاية العبد عليه[١٧٠/ب].

ثم فرَّعه بقوله:

(**فلو أقرَّ**) أي: العبدُ المحجورُ (**بمالٍ: لَزِمَه بعد عتقِه**)؛ لأنه إقرار على غيره وهو المولى؛ لِما أنه وما في يده ملك المولى، فإذا أعتق: زال المانع.

هذا إذا أقرَّ المولى، وأما إذا أقرَّ له به: فلا يلزمه شيء.

وفي «الخانية»: ولو أن صبيا سفيها محجورا استقرض مالاً، فيعطي صداق المرأة: صح استقراضه، فإن لم يُعطِه المرأة وصرَف المال في بعض حوائجه: لا يؤاخذ به؛ لا في الحال، ولا بعد البلوغ؛ لأنه ليس من أهل الالتزام، بخلاف العبد المحجور؛ فإنه يؤاخذ به بعد العتق؛ لأنه أهل الالتزام[1].

(**وإن**) أقرَّ العبد المحجور (**بحدٍّ وقَوَدٍ: لَزِمَه في الحال**)؛ لأنه مُبقٍ على أصل الحرية والآدمية في إيجاب الحد عليه وفي حق الدم، ولهذا لا يجوز إقرار المولى عليه في الحد والقصاص.

(**ولا يُحجَر على السفيهِ**) أي: لا يحجر حر عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفهٍ هو إتلاف مالٍ بلا مصلحة؛ لخفة عقله عند الإمام؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر البالغ بسبب السفه والدين والغفلة (**وإن**) -وصلية- (**كان مُبذِّرا**)؛ لأنه مخاطبٌ قادرٌ على التصرف، فإبطال قدرته يؤدي إلى إهدار آدميته، وهذا أضر من ضرر الإتلاف.

(**وإن**[2] **بَلَغَ غيرَ رشيدٍ**[3])، وهو: لا ينفق ماله فيما يحل، ولا يمسك عما يحرم، ويتصرف فيه بالتبذير والإسراف: (**لا يُسلَّم إليه مالُه**) **بالإجماع**؛ لبقاء أثر الصبا، فلو بلغ

= **عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».**

(١) «الخانية» لقاضي خان (٣/٥٩٥).

(٢) هكذا في الأصل، وفي بقية النسخ كلها ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «من».

(٣) والمراد من «الرشيد» المذكور في القرآن هو: كونه مصلحا في حاله فقط. (**داماد، منه**).

حتى لم يَبلُغ سنُّه خمسا وعشرين، فإذا بَلَغَها: دُفِعَ إليه وإن لم يُؤنَس رشدُه، وإن تَصرَّفَ فيه قبل ذلك: نَفَذَ. وعندهما: يُحجَر على السفيهِ، ولا يُدفَع إليه مالُه ما لم يُؤنَس رشدُه، ولا يصحُّ تصرُّفُه فيه.

فإن باعَ: لا يَنفُذ، وإن فيه مصلحةٌ: أجازَه الحاكم.

رشيدا ثم صار سفيها: لا يُمنَع المال عنه؛ لأنه ليس بأثر الصبا، (**حتى**[1] **لم يَبلُغ سنُّه خمسا وعشرين**) سنة، (**فإذا بَلَغَها: دُفِعَ إليه**) ماله عند الإمام (**وإن**) -وصلية- (**لم يُؤنَس رشدُه**)؛ لأن هذا السن لا ينفكُّ عنه الرشد إلا نادرا، والحكمُ في الشرع للغلبة، (**وإن تَصرَّفَ**) السفيه (**فيه**) أي: في ماله (**قبل ذلك**) أي: قبل البلوغ إلى خمس وعشرين: (**نَفَذَ**) تصرُّفه؛ لعدم الحجر عنده كما ذُكر.

(**وعندهما**)، والأئمة الثلاثة[2]: (**يُحجَر على السفيهِ، ولا يُدفَع إليه مالُه ما لم يُؤنَس رشدُه، ولا يصحُّ تصرُّفُه**) أي: تصرف السفيه (**فيه**) أي: في ماله بسبب سفهٍ في تصرفاتٍ لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والإجارة والصدقة، ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق والعتاق، ولا عن الأسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص؛ إذ لا يجري الحجر فيها بالإجماع؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥] إلى قوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]؛ إذ الأمر بالدفع عند إيناس الرشد، فلا يجوز الدفع قبل العلم بالرشد؛ لأن علة المنع هي السفه، فيبقى المنع ما دامت العلة باقيا، فلا يكون للزمان دخلٌ هنا.

وفي «التنوير» نقلا عن «الخانية»: وبقولهما يفتى[3].

ثم فرَّعه بقوله: (**فإن باعَ**) المحجور: (**لا يَنفُذ**) بيعُه؛ لأنه محجور عندهما، وفائدة الحجر عدم النفاذ، (**وإن**) كان (**فيه**) أي: في بيعه (**مصلحةٌ**) بأن كان بمثل القيمة أو كان رابحا وكان الثمن باقيا في يده: (**أجازَه الحاكم**)، وإن كان الثمن أقلَّ من القيمة، أو كان البيع خاسرا، أو لم يبق الثمن في يده: لم يُجِزه.

---

(١) في ر، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ما».

(٢) «البيان» للعمراني (٦/٢٣٠)، و«المدونة» للإمام مالك (٤/٧٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/٣٤٤).

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ١٩٦). ولم نجد في «التنوير» حكاية ما عزاه إلى «الخانية»، فإذا راجعنا إلى «الخانية»: ففلم نجد تصحيحه قولهما، ولكن صاحب «التنوير» نقل تصحيح صاحب «تصحيح القدوري»، والله أعلم.

وإن أَعتَقَ: نَفَذَ وسَعَى العبدُ في قيمتِه. ولو دَبَّرَ: صحَّ، وإن مات قبْلَ رشدِه: سَعَى العبد في قيمتِه مُدبَّرا.

والحاصل: أن تصرُّفه موقوفٌ؛ لاحتمال أن يكون فيه مصلحة، فإذا رأى الحاكم فيه مصلحة: أجازه، وإلا ردَّه.

وإن باع قبل حجر القاضي: جاز عند **أبي يوسف**، وعند **محمد**: لا يجوز.

(**وإن أَعتَقَ**) عبدا: (**نَفَذَ**) عتقه **عندهما**؛ لأن كل كلام لا يؤثر فيه الهزل: لا يؤثر فيه السفه، والعتقُ لا يؤثر فيه الهزل، فينفذ من السفيه.

وعند **الشافعي**: لا ينفذ، والأصل عنده: أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا يَنفذ بعدَه شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق، والإعتاقُ لا يصح من الرقيق، فكذا من السفيه[1].

(**وسَعَى العبدُ في قيمتِه**) أي: إذا نفَذ **عندهما**: فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند **محمد**، وهو قول **أبي يوسف** أولا؛ لأن الحجر لمعنى النظر، وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر، فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض، وفي قوله الأخير وهو رواية عن **محمد**: ليس عليه سعاية؛ لأنه لو وجب: إنما يجب حقا لمعتقه، والسعايةُ ما عُهِد وجوبُها في الشرع إلا لحق غير المعتق.

(**ولو دَبَّرَ**) عبدَه: (**صحَّ**) تدبيره؛ لأنه يوجب حق العتق للمدبر، فيعتبر بحقيقة العتق، إلا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا؛ لأنه باقٍ على ملكه.

(**وإن**[2] **مات**) المولى (**قبْلَ رشدِه**) أي: قبل أن يؤنس منه الرشد: (**سَعَى العبد في قيمتِه مُدبَّرا**)؛ لأنه بموت المولى عتَق، ولأنه أعتقه في حياته، فعليه السعاية في قيمته مدبرا؛ لأن العتق لاَقَاه مدبرا كما لو أعتقه بعد التدبير.

وفي «شرح الكنز» للعيني: وإن جاءت جاريته بولدٍ، فادَّعاه: ثبت نسبه منه، وكان الولدُ حرًّا والأمةُ أمَّ ولدٍ له، ولا تسعى هي ولا ولدُها في شيء، بخلاف ما لو أعتقها من غير أن يدَّعي الولد، ولو لم يكن معها ولدٌ، فقال: «هذه أمُّ ولدي»: كانت بمنزلة أم الولد، لا يقدر

---

(١) «الأم» للإمام الشافعي (٣/٢٢٤).

(٢) نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فإن».

ويصحُّ تزوُّجه بمهر المثلِ، وإن سَمَّى أكثرَ: بَطَلَتِ الزيادة.

وتُخرَج زكاةُ مال السفيهِ، ويُنفَق منه عليه وعلى من تَلزَمه نفقتُه. ويَدفَع القاضي قدرَ الزكاةِ إليه لِيُؤدِّي بنفسه، ويُوكِّل أمينًا إلى أن يُؤدِّيها.

على بيعها، فإن مات: سعت في كل قيمتها كالمريض إذا قال لأمته وليس معها ولد، فقال: «هذه أم ولدي»[١][١٧١/أ].

(**ويصحُّ تزوُّجه**) أي: تزوُّج السفيه ملابِسا (**بمهر المثلِ**).

وإنما صحَّ نكاحه؛ لأنه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه، مع أن التزوج من حوائجه الأصلية، ومن ضرورة صحة النكاح وجوبُ المهر، فيلزم منه قدر مهر المثل؛ لأنه من ضرورات صحته كما في أكثر الكتب[٢].

لكن أن ما هو من ضرورات صحة النكاح: مقدارُ النصاب من المهر، لا قدر مهر المثل، تدبَّرْ.

(**وإن سَمَّى أكثرَ**) أي: من مهر المثل: (**بَطَلَتِ الزيادة**)؛ لأن ما زاد عليه يَلزمه بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال، وإن طلَّقها قبل الدخول: وجب لها نصف المسمى، وكذا لو تزوَّج أربعا أو تزوَّج كل يومٍ واحدة، فطلَّقها كما في «التبيين»[٣].

(**وتُخرَج**) -على صيغة المبني للمفعول من «الإفعال»- (**زكاةُ مال السفيهِ**) لأنه واجب عليه حقا لله تعالى، (**ويُنفَق منه**) أي: من ماله (**عليه وعلى من تَلزَمه نفقتُه**) من أولاده وزوجتِه وسائرِ من تجب عليه نفقتُه؛ لأن إحياء هؤلاء من حوائجه الأصلية حقا لقريبه، والسفه لا يُبطِل حق الله ولا حق الناس، (**ويَدفَع القاضي قدرَ الزكاةِ**) من ماله (**إليه**) أي: إلى السفيه (**لِيُؤدِّي بنفسه**)؛ ليَصرِفها إلى مَصرَفها؛ لأن الواجب عليه الإيتاء، وهو عبارة عن فعلٍ يفعله هو عبادة، ولا يحصل ذلك إلا بنية. (**ويُوكِّل**[٤]) أي: القاضي (**أمينًا إلى أن يُؤدِّيها**)؛ كي لا يصرفها إلى غير المصرف، ويُسلِّم القاضي النفقة إلى أمينه؛ ليصرفه إلى مستحقها؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى النية، فاكتفى فيها بفعل الأمين.

---

(١) «رمز الحقائق» للعيني (٣١٤/٢).

(٢) «العناية» للبابرتي (٢٦٧/٩)، و«الخانية» لقاضي خان (٥٩٢/٣)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (١٩٦/٥).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٩٧/٥).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «عليه».

فإن أرادَ حَجَّة الإسلامِ: لا يُمنَع منها، ولا من عُمرةٍ واحدةٍ. وتُدفَع نفقتُه إلى ثقة يُنفِق إليه في الطريق، لا إليه.

وتصحُّ منه الوصيَّةُ في القُرَب وأبوابِ الخيرِ من الثُّلُث.

(**فإن أرادَ حَجَّة الإسلامِ: لا يُمنَع منها**) أي: من الحجة؛ لأنه واجب عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه، وفي الفرائض هو ملحَق بالمصلح وغيرِ السفيه؛ إذ لا تهمة فيه.

(**ولا**) يُمنَع (**من عُمرةٍ واحدةٍ**).

والقياس: أن يمنع؛ لأنه تطوُّع كالحج تطوعا.

وجه الاستحسان: أنها واجبة عند بعض العلماء، فيمكن منها احتياطا.

وكذا لا يمنع من أن يسوق البدنة؛ تحرُّزا عن موضع الخلاف، ولا يمنع من القِران.

وإن جنَى في إحرامه: ينظر؛

* إن كان جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن أذًى ونحوِ ذلك: لا يمكّن من التكفير بالمال، بل يُكفِّر بالصوم.

* وإن كان جناية لا يجري فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيُّب وتركِ الواجبات: فإنه يلزمه الدم، ولكن لا يمكّن من التكفير في الحال، بل يُؤخّر إلى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقيرِ الذي لا يجد مالا والعبدِ المأذونِ له في الإحرام، وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة: تلزمه بدنة، ثم يَتأخَّر إلى أن يصير مُصلِحا.

(**وتُدفَع نفقتُه**) أي: نفقة السفيه في طريق الحج والعمرة (**إلى ثقة**) من الحُجَّاج (**يُنفِق إليه**[1]) أي: إلى السفيه (**في الطريق**) بالمعروف، (**لا**) تدفع (**إليه**)؛ كي لا يُبذِّر ولا يُسرِف.

(**وتصحُّ منه**) أي: من السفيه (**الوصيَّةُ في القُرَب**) -جمع: «قربة»- (**وأبوابِ الخيرِ من الثُّلُث**) إن كان له وارث.

والقياس: أنها لا تصح؛ لأنه تبرُّع، لكنَّا **استحسنَّا** ذلك إذا كانت مثل وصايا الناس؛ لأنها قربة يتقرَّب بها إلى الله تعالى، وهو يحتاج إليها سيما في هذه الحالة.

وفي إشارة إلى: أنه إذا أوصى بما يستقبحه المسلمون: فلا ينفذ كما في «التبيين»[2].

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «عليه».

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (١٩٨/٥).

ويُحجَر على المفتي الماجِنِ والطبيبِ الجاهلِ والمُكارِي المفلِسِ اتفاقا.

ولا يُحجَر على فاسقٍ ومغفَّلٍ إذا كان مُصلِحا لمالِه، ....

(**ويُحجَر على المفتي الماجِنِ**)، هو: الذي يُعلِّم الناس الحِيَل الباطلة بأن علَّم المرأة الارتداد لتَبِين من زوجها، وبأن علَّم الرجل أن يرتدَّ لتَسقُط عنه الزكاة، ثم يُسلِم، ولا يبالي أن يُحرِّم حلالا ويُحِلَّ حراما، (**والطبيبِ الجاهلِ**)، هو: الذي يَسقي الناس في أمراضهم دواءً مخالِفا؛ لعدم علمه، فيفسد أبدان المسلمين، (**والمُكارِي المفلِسِ**)؛ لأنه يأخذ الكراء أوَّلا ليَشتري به الجمال والظهر، ويدفعه إلى بعض ديونه، فيعوق المسلمين من نحو الحج والغزو (**اتفاقا**)؛ قيدٌ للثلاثة جميعا؛ لأن منع كل واحد منها دفعُ ضرر العامة؛ إذ المفتي الماجن يُفسِد على الناس دينهم، والطبيبَ الجاهل يُهلِك أبدانهم، والمُكاريَ المفلس يُتلِف أموالهم، فيحجر هؤلاء عن عملهم؛ لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(**ولا يُحجَر على فاسقٍ**)؛ سواء كان أصليًا أو طارئا، (**ومغفَّلٍ إذا كان**) كل واحد منهما (**مُصلِحا لمالِه**)؛ لأن حجر السفيه عندهما كان للنظر له صيانة، والفاسق يصلح ماله، فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]؛ لأنه تعالى علَّق الدفع بعلم رشدٍ واحدٍ؛ لأنه نكرة في الإثبات، فيكون أقله كافيا[١٧١/ب]، فالمراد هو: الرشد في المال لا في الدِّين -بكسر الدال-، وإلا: يلزم الرشد، ولو كان الفسق موجبا للحجر: لكان حجر الكافر أولى به، ولم يذهب إليه أحد.

وعند **الشافعي**: يُمنَع زجرا له وعقوبة عليه وإن كان مصلحا لماله، ولذا لا يكون الفاسق أهلا للولاية والشهادة عنده[١].

وفي «المنح»: ولو أن قاضيا حجَر على مفسد يَستحق الحجر، ثم رُفِع إلى قاضٍ آخر، فأطلقه، ورفَع عنه الحجر، فأجاز ما صنع: جاز إطلاق الثاني؛ لأن قضاء الأول كان في فصلٍ مجتهَدٍ فيه، وهذا اختلاف في نفس القضاء، ولأن الحجر الأول لم يكن قضاء؛ لعدم المقضي عليه، فينفذ قضاء الثاني، فهو بمنزلة ما لو قضى وهو محجور عليه، فإذا أطلقه الثاني: صح إطلاقه، وليس للقاضي الثالث بعد ذلك أن ينفذ قضاء الأول بالحجر[٢].

وكذا لا يُحجَر من له غفلة شديدة عند الإمام؛ لأنه ليس بمفسد ماله ولا يقصده، لكنه

---

(١) «حلية العلماء» للقفال (٤/٥٤٠).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٥٤/ب).

ولا على مديونٍ؛ ولا يَبِيع القاضي مالَه فيه، بل يَحبِسه أبدًا حتى يَبِيعه هو بنفسه، فإن كان مالُه من جنسِ دَينه: أدَّاه الحاكمُ منه، ويَبِيع أحدَ النقدَيْن بالآخَر استحسانًا. ....

لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة، فيَغبِن في البِيَاعات لسلامة قلبه.

وعندهما: يمنع القاضي عن التصرف شفقة له، وهو قول الأئمة الثلاثة[1] كما في أكثر المعتبرات[2].

لكن المصنف لم يذكر الاختلاف في المتن، بل أتى بصورة الاتفاق؛ اكتفاء بذكر الخلاف في حكم السفيه؛ للمشاركة في إتلاف المال، أو لعدم اعتناء قولهما في هذه المسألة، تتبَّعْ.

(ولا يُحجَر (على مديونٍ) وإن طلَب الحجر غرماؤُه عند الإمام؛ لأن المنع عن التصرف بطلب الغرماء يُبطِل أهليته وإلحاقَه بالبهائم، وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضررٍ خاصٍّ.

(ولا يَبِيع القاضي مالَه) أي: مال المديون (فيه) أي: في الدين؛ لأن تصرُّف الحاكم فيه حجرٌ عليه، ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي بالنص، فيكون باطلا، (بل يَحبِسه) أي: القاضي لبيع ماله (أبدًا حتى يَبِيعه) أي: المالَ (هو) أي: المديونُ (بنفسه)، فيكون الحبس لقضاء الدين، لا لأجل البيع؛ لأن قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين، بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس، إلا أن قدرته على القضاء ببيع ماله الموجود أظهرُ من قدرته عليه بالاستقراض وغيره.

وسببُ الحبس: المماطلة، والظلم بتأخير القضاء الواجب، وامتناعُه مع القدرة عليه.

(فإن كان) -والأولى بالواو- (مالُه) أي: مال المديون (من جنسِ دَينِه) كالدراهم: (أدَّاه) أي: الدينَ (الحاكمُ منه) أي: من جنس الدراهم بالإجماع؛ لأن للدائن الأخذ بلا رضا المديون عند المجانسة، فالقاضي إذا قضى دينه: لا يلزمه حجره عند الإمام؛ لأن قضاء الدين من القاضي إعانة، (ويَبِيع أحدَ النقدَيْن بالآخَر استحسانًا) بالإجماع.

وفي القياس: لا يبيع الدراهم للدنانير، ولا الدنانير للدراهم؛ للاختلاف في الصورة، ولا يُؤخَذ رب الدين جبرا.

---

(١) «نهاية المحتاج» للرملي (٣٦٥/٤).

(٢) «الاختيار» للموصلي (٩٦/٢)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (١٩٨/٥)، و«الكافي شرح الوافي» للنسفي (٢/٢٦٠/أ).

وعندهما: يُحجَر عليه إن طَلَبَ غُرَماؤه، ويُمنَع من التصرُّفِ والإقرارِ، ويَبِيع الحاكم مالَه إن امتَنَع، ويَقسِمه بين غُرَمائه بالحِصَص. وإن أقَرَّ حالَ حَجرِه: لَزِمَه بعدَ قضاءِ ديونِه، لا في الحال.

وجه الاستحسان: الاتِّحاد في الثمنية، ولذا يُضَمُّ أحدهما إلى الآخر في الزكاة.

(وعندهما)، والأئمة الثلاثة: (يُحجَر عليه) أي: على المديون (إن طَلَبَ غُرَماؤه) الحجر عليه، (ويُمنَع من التصرُّفِ) الذي يضر بالغرماء، (و) يُمنَع من (الإقرارِ) أي: إقرار الدين بغيرهم حتى لا يَضرَّ بالغرماء؛ لأن الحجر على السفيه إنما جوَّزاه نظرًا له، وفي هذا الحجر نظرٌ للغرماء؛ لأنه عساه يلجئ ماله، فيفوت حقهم.

ومعنى قولهما: «ومنعُه من البيع»: أن يكون بأقل من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يُبطِل حق الغرماء، والمنع لحقهم، فلا يمنع منه كما في «الهداية»[1].

(ويَبِيع الحاكم مالَه) أي: مال المديون الحاضر؛ ليُؤدِّيَ الدين من ثمنه؛ لأنه لو كان غائبا: لا يبيع ماله اتفاقا (إن امتَنَع) من بيعه، (ويَقسِمه) أي: يقسم ثمنه (بين غُرَمائه بالحِصَص)؛ إذ الإيفاء حق عليه، فبإبائه نابَ عنه الحاكم كجُبٍّ؛ فإن المجبوب إذا امتنع عن مفارقة: فرَّق الحاكم بينهما.

والأصل: أن من امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما تجري فيه النيابة: ناب القاضي منابه؛ كذميٍّ أسلم عبدُه، فأبى أن يبيعه: باعه القاضي عليه.

(وإن أقَرَّ حالَ حَجرِه) بمالٍ: (لَزِمَه) ذلك المال (بعدَ قضاءِ ديونِه، لا في الحال)؛ لأن المديون لمَّا حجر للغرماء: تعلَّقَ حقهم بما في يده، فلا يملك إبطاله بالإقرار لغيرهم، مع أن الإقرار أمرٌ مشاهَد، فيحتمل أن يكون كاذبا، فلا يزاحم لكن ينفذ إقراره على نفسه.

وفيه إشارة:

* إلى أنه: لو استفاد مالا آخر بعد الحجر: نفذ إقراره وتبرُّعاته فيه؛ لأن حقهم تعلَّق بالمال القائم لا بالمستفاد.

* وإلى أنه: لو استهلك مالا لغيرهم: فله أن يشاركهم فيما في يده؛ لأنه مشاهد، وكذا لو تزوَّج امرأة بمهر مثلها، وكذا لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه أو

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣/٢٨٢).

ويُنفِق من مالِ المُفلِس عليه وعلى من تَلزَمه نفقتُه.

والفتوى على قولهما في بيعِ مالِه؛ لامتناعه. وتُباع النُّقود، ثم العُروض، ثم العَقار. ويُترَك له دَستٌ من ثيابِ بدنِه، وقيل: دَسْتان.

ومَن أَفلَس وعنده متاعُ رجلٍ شرَاه منه: فرَبُّ المتاعِ أُسوَةُ الغُرَماءِ فيه.

بشهادة الشهود: فله أن يشاركهم فيه.

(ويُنفِق من مالِ المُفلِس عليه وعلى من تَلزَمه نفقتُه) كأولاده الصغار وزوجتِه وذوي أرحامه؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على الغرماء.

(والفتوى على قولهما في بيعِ مالِه؛ لامتناعه) عن البيع كما في «الاختيار»[1].

(وتُباع النُّقود) -جملة مستأنفة استئنافا بيانيا كأن قائلا قال: «إذا كان الفتوى على قولهما في بيع ماله: فأي ماله يباع أوّلا؟»، فأجاب بقوله: «وتباع النقود»- أوّلا، (ثم) تباع (العُروض، ثم العَقار).

وقيل: يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التَّوى من عروضه، ثم ما لا يخشى التلف منه، ثم بيع العقار.

فالحاصل: أن القاضي نُصب ناظرا، فينبغي له أن ينظر للمَدين كما ينظر للمُدايِن، فيبيع ما كان أَنظرَ إليه، وبيعُ ما يَخشى عليه التلف أنظرُ له[١٧٢/أ].

(ويُترَك له) أي: للمديون (دَستٌ من ثيابِ بدنِه)، ويباع الباقي؛ لأن به كفاية.

(وقيل): يُترَك له (دَسْتان)؛ لأنه إذا غسل ثيابه: لا بد له من ملبس.

وقالوا: إذا كان للمَدين ثياب يلبسها، ويكتفي بدون ذلك: فإنه يبيع ثيابه، فيقضي الدين ببعض ثمنها، ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه؛ لأن قضاء الدين فرضٌ عليه، وكان أولى من التجمُّل.

وعلى هذا: إذا كان له مسكنٌ، ويمكنه أن يشتري بما دون ذلك: يبيع ذلك المسكن، ويقضي ببعض ثمنه الدينَ، ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه كما في «التبيين»[2].

(ومَن أَفلَس وعنده متاعُ رجلٍ شرَاه منه) أي: من الرجل، فقبَضه من البائع بعد الشراء بإذنه والمتاعُ قائم بيده: (فرَبُّ المتاعِ أُسوَةُ الغُرَماءِ فيه) أي: في المتاع، فيبيع ويقسم ثمنه

---

(١) «الاختيار» للموصلي (٢/٩٩).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٠٠).

فصل: يُحكَم ببلوغ الغلامِ بالاحتلامِ والإنزالِ أو الإحبالِ، وببلوغ الجاريةِ بالحيضِ والاحتلامِ أو الحَبَلِ.

فإن لم يُوجَد شيء من ذلك: فإذا تمَّ له ....

بينهم بالحصص إذا كان الدين كله حالاً، وأما إذا كان الدين بعضه حالاً: فيَقسم بين غرماء الحال، ثم بعد انقضاء الأجل شارَكهم فيما قبضوه بالحصص كما في «القهستاني»[1].

قيدنا القبض «بعد الشراء بالإذن»؛ لأنه إن أفلس قبل قبضه أو بعده بغير إذن بائعه: كان للبائع استرداده، وحُبِس المبيع بالثمن.

وقال **الشافعي**: البائع أولى؛ سواء كان قبل القبض وبعده[2].

(فصل)
في بيان أحكام البلوغ

(**يُحكَم ببلوغ الغلامِ بالاحتلامِ والإنزالِ أو الإحبالِ**) أي: بجعل المرأة حبلى، (**وببلوغ الجاريةِ بالحيضِ والاحتلامِ أو الحَبَلِ**) -بفتحتين-، وذا لا يكون بلا إنزال منها، ولذا لم يذكر «الإنزال» في الجارية.

قيل: وجه عدم الذكر فيها: أنه أمرٌ باطنيٌّ لا يُعلَم منها كما يُعلَم من الصبي.

وفي «الدرر»: والأصل: أن البلوغ يكون بالإنزال حقيقة، ولكن غيره مما ذكَر لا يكون إلا مع الإنزال، فجعل كل واحد علامة على البلوغ[3].

وفي «التسهيل»: فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد بـ«الاحتلام» هو: الاحتلام مع الإنزال، فحينئذ يُغنِي ذكر الإنزال عن ذكر الاحتلام.

وفي «الفرائد» في عدم كون الحيض إلا مع الإنزال كلامٌ، تدبَّر[4]. انتهى.

لكن يمكن: أن الحيض لا يوجد إلا ممن يحبل عادة، وذا يكون بعد الإنزال.

(**فإن لم يُوجَد شيء من ذلك**) أي: من أسباب الحكم ببلوغهما؛ (**فإذا تمَّ له**) أي:

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٣٧٥).

(٢) «الأم» للإمام الشافعي (٣/٢٠٩).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٧٥).

(٤) «التسهيل» للشيخ بدر الدين (ص: ٧٥٧).

ثماني عشرةَ سنة، ولها سبعَ عشرةَ سنة. وعندهما: إذا تمَّ خمسَ عشرةَ سنةً فيهما، وهو روايةٌ عن الإمام، وبه يُفتَى.

وأَدنَى مدَّتِهِ له: ثِنْتا عشرةَ سنة، ولها: تسعُ سِنِين.

وإذا راهَقَا، وقالا: «قد بلَغْنَا»: صُدِّقَا، وكانَا كالبالغ حكمًا.

للغلام (ثماني عشرةَ سنة): يُحكَم ببلوغه، (و) إذا تمَّ (لها سبعَ عشرةَ سنة): يُحكَم ببلوغها عند **الإمام**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الإسراء: ٣٤]، و«أشدُّ الغلام» على ما قاله ابن عباس ﵄ ومن تبعه: ثماني عشرة سنة، وقيل: اثنان وعشرون، وقيل: خمس وعشرون[1]، فوجب أن يدور الحكم على القول الأول للاحتياط إلا أن الجارية أسرع بلوغها من الغلام، ففرَّقنا بينهما بسنة.

(وعندهما)، **والأئمة الثلاثة**[2]: (إذا تمَّ خمسَ عشرةَ سنةً فيهما) أي: في الغلام والجارية، (وهو روايةٌ عن الإمام، وبه يُفتَى)؛ لأن علامة البلوغ لا تتأخَّر عن هذه المدة فيهما غالبا.

(وأَدنَى مدَّتِهِ) أي: مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه (له) أي: للغلام: (ثِنْتا عشرةَ سنة، ولها) أي: للجارية أدنى المدة: (تسعُ سِنِين)، كذا ذكَروا، ولا يعرف ذلك إلا سماعا أو بالتتبُّع.

(وإذا راهَقَا) أي: قرُبَا بالبلوغ، (وقالا: «قد بلَغْنَا»: صُدِّقَا) في دعواهما إن لم يُكذِّبهما الظاهر؛ لِما في «الخانية»: صبيٌّ أقرَّ أنه بالَغ وقاسَم وصيَّ الميت: قال أبو بكر محمد بن الفضل: إن كان الصبي مراهقا: قُبِل قوله، وتجوز قسمته، وإن لم يكن مراهقا ويُعلَم أن مثله لا يحتلم: لا تجوز قسمته، ولا يقبل قوله؛ لأنه يكذب ظاهرا[3].

وتبيَّن بهذا: أن بعد ثنتي عشرة سنة إذا كان بحالٍ لا يحتلم مثله إذا أقرَّ بالبلوغ: لا يقبل قوله.

(وكانَا) أي: الغلام والجارية (كالبالغ حكمًا) أي: أحكامهما حكم البالغين؛ لأنه أمرٌ لا يوقَف عليه إلا من جهتهما، فيقبل فيه قولهما بالضرورة.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/١٦٦) في قول ابن عباس ﵄: «غريب»، وانظر لقوله فيه وقول غيره: «تفسير الطبري» (١٣/٦٨)، و«تفسير ابن أبي حاتم» (٥/١٤٢٠)، و«الكشف والبيان» للثعلبي (٥/٢٠٧)، و«التفسير الوسيط» للواحدي (٤/١٠٧).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/١٣٢)، و«مناهج التحصيل» للرجراجي (٨/٢٣٣)، و«الكافي» لابن قدامة (٢/١١٠).

(٣) «الخانية» لقاضي خان (٢/٦٣٠).

كتاب المأذون: «الإذنُ»: فكُّ الحَجْرِ وإسقاطُ الحقِّ.

ثم يَتصرَّف العبد بأهليّته، فلا تَلزَم سيِّدَه عهدةٌ. ....

(كتاب المأذون)

إيراد «المأذون» بعد «الحجر» ظاهر المناسبة؛ إذ الإذن يقتضي سبق الحجر.

وفي اللغة: عبارة عن الإعلام.

وفي الشرع: (**«الإذنُ»: فكُّ الحَجْرِ**) الثابتِ شرعا، (**وإسقاطُ الحقِّ**) مطلقا؛ سواء كان حق الصبي أو المعتوه أو حق مولى عبد.

وقد ذهب البعض إلى تخصيص الإسقاط بحق مولى العبد هنا -وهو: التصرف والخدمة لمولاه-؛ إذ هذا الحق يَمنع تصرف العبد لنفسه، فإذا أسقط المولى حقه هذا: يَقدر العبد إلى الاكتساب بالإضافة إلى نفسه[١٧٢/ب]؛ ليتعلق حق من يُعامله بذمته، ولا يقدر إلى دفع يد مولاه عما اكتسبه كالحر، فيأخذ من كسب عبده كما في «شرح الوقاية» لابن الشيخ.

وفي «الدرر»: والإذن نوعان:

* أحدهما: إذن العبد، وهو: فكُّ الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد، وإسقاطُ الحق، فيتصرف العبد لنفسه بأهليَّته.

* والنوع الثاني: إذنُ الصبي والمعتوه، وهو: فكُّ الحجر، وإثباتُ الولاية لهما[١].

(**ثم يَتصرَّف**[٢] **العبد**) بعد ذلك لنفسه (**بأهليّته**) القديمة.

فقوله: «ثم يَتصرَّف» عطف على محذوف؛ فإن قوله: «الإذن: فكُّ الحجر» معناه: «إذا أَذِن المولى: يَنفكُّ الحجر عن العبد»، فعُطِف على قوله: «ينفكُّ» قولُه: «ثم يتصرف العبد»، فقوله: «وإسقاط الحق» كالتفسير لقوله: «فك الحجر».

(**فلا تَلزَم**) -تفريعٌ على كون تصرُّف العبد لنفسه بأهليته- (**سيِّدَه عهدةٌ**[٣]) أي: عهدة التصرف؛ كما: إذا اشترى شيئا ولم يُؤدِّ ثمنه: يُطلَب منه الثمن، ولم يرجع على سيده؛ لأنه اشترى لنفسه لا لسيده، والوكيلُ عكس هذا؛ إذ الثمن يُطلَب من الموكل، لا من الوكيل.

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٧٦-٢٨٢).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «تصرُّف».

(٣) هكذا في الأصل، وفي بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «عهدته».

ولا يَتوَقَّت الإذن، فلو أَذِنَ له يوما: فهو مأذونٌ دائما إلى أن يُحجَر عليه. ولا يَتخصَّص، فإذا أَذِنَ في نوعٍ من التجارة: كان مأذونًا في سائر الأنواع.

ويَثبُت صريحًا ودلالةً بأن رَأَى عبدَه يَبِيع ويَشترِي فسَكَتَ؛ ....

(**ولا يَتوَقَّت الإذن**[1]) بزمان ولا مكان، (**فلو أَذِنَ له**) أي: للعبد (**يوما**) ونحوه من اليوم المعيَّن والليل والشهر والسنة، أو مكانا: (**فهو مأذونٌ دائما إلى أن يُحجَر عليه**)؛ لأن الإسقاطات لا تتوقت.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون له ولاية الحجر؛ لأن الساقط لا يعود.

قلت: بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق، فكان في الحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل إلا أن الساقط لا يعود.

وفيه إشعار بأن تعلُّق الإذن بالشرط جائز كإضافته إلى المستقبل كما في «القهستاني»[2].

(**ولا يَتخصَّص**) بنوع من التجارة، (**فإذا أَذِنَ في نوعٍ من التجارة: كان مأذونًا في سائر الأنواع**)، حتى: لو أُذِن بشراء الخز، ونُهِي عن شراء البز: كان إذنا بشراء البز وغيره وإن لم يكن العبد مهتديا إلى التصرف في غير الخز والسيدُ عالم به.

فإن قلت: إنه أزال الحجر في حق تصرُّفٍ خاصٍّ.

قلت: نعم إلا أنه يوجب الرضا بتعطيل منافعه مطلقا، والتخصيصُ لغوٌ كما في «القهستاني»[3].

وقال **زفر**: الإذن عبارة عن توكيلٍ وإبانةٍ، فيَتقيَّد بما قيَّد به المولى، وبه قال **الشافعي وأحمد**[4].

(**ويَثبُت**) الإذن (**صريحًا**) كما إذا قال لعبده: «أذنتُ لك في التجارة»، (**ودلالةً بأن رَأَى عبدَه يَبِيع ويَشترِي فسَكَتَ**)، ولم يمنعه منه، فسكُوتُه إذنٌ له في التجارة، بخلاف سكوت

---

(١) هكذا في الأصل، ح، م، وفي ر، ن، والمطبوع (٢/٥٦٨) من صلب الشرح، وليست في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» أيضا.

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٣٧٦).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٣٧٦).

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/٢٣٥)، و«المغني» لابن قدامة (٥/٦١).

سواءٌ كان البيعُ للمولى أو لغيرِه، بأمرِه أو بغيرِ آمرِه، صحيحًا أو فاسدًا.

وللمأذونِ إذنًا عامًّا؛ لا بشراءِ شيءٍ بعينِه، أو طعامِ الأكلِ، أو ....

القاضي؛ فإنه ليس بإذن لكن لا يكون مأذونا في ذلك الشيء؛ لأنه وسيلة الإذن، ووسيلةُ الشيء خارج عن ذلك الشيء؛ (**سواءٌ كان البيعُ للمولى أو لغيرِه، بأمرِه أو بغيرِ أمرِه**)، بيعا (**صحيحًا أو**) بيعا (**فاسدًا**).

وفي «التبيين»: هكذا ذكره صاحب «الهداية» وغيره، وذكره قاضي خان في «فتاواه»: إذا رأى عبدَه يَبيع عينا من أعيان المالك، فسكت: لم يكن إذنا، وكذا المرتهنُ إذا رأى الراهن يَبيع الرهن، فسكت: لا يبطل الرهن[1]، انتهى.

لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب «الهداية» وقاضي خان بأن يقال: إن مراد قاضي خان بقوله: «لم يكن ذلك إذنا له» هو: أن سكوت المالك فيما إذا رأى عبده يبيع من أعيان مال المولى: لا يصير إذنا في حق ذلك التصرف الذي صادَفَه السكوت، لا في حق سائر تصرُّفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا، ويرشد إليه قوله: «وكذا المرتهن...» إلى آخره؛ فإن المراد هناك عدمُ صحة التصرُّف الذي صادَفه السكوت لا محالة، وكذا يؤيده ما قاله القهستاني في هذا المحل نقلا عن «الذخيرة» من: أنه يصير مأذونا فيما يستقبل، فيصح تصرفاته فيه لا فيما يبيع من مال سيده في الحال؛ لأنه لا بد فيه من الإذن الصريح، بخلاف ما إذا اشترى من ماله[2].

فعلى هذا أن ما في «الدرر»[3] في هذا المحل محلُّ تأمُّلٍ، تتبَّع[١٧٣/أ].

وعند زفر والشافعي: لا يثبت الإذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع أو يشتري؛ لأنه يحتمل الرضى والسخط، فلا يثبت بالشك[4].

ولنا: أن العادة قد جرت بذلك لأجل دفع الضرر عن الناس.

(**وللمأذونِ**) -خبرٌ مقدَّمٌ- (**إذنًا عامًّا؛ لا بشراءِ شيءٍ بعينِه، أو**) شراء (**طعامِ الأكلِ، أو**)

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٠٤/٥)، و«الهداية» للمرغيناني (٢٨٧/٤)، و«الخانية» لقاضي خان (٥٧٩/٣).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٣٧٦/٢)، و«فتاوى الذخيرة» لابن مازة (٣٨٤/١٣).

(٣) «درر الحكام» لملا خسرو (٢٧٦/٢).

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢٣٥/٢).

ثيابِ الكسوةِ: أن يَبِيعَ ويَشترِيَ، ويُوَكِّلَ بهما، ويُسلِمَ ويَقبَلَ السَّلَم، ويَرهَنَ ويَرتهِنَ، ويُزارِعَ ويَشترِيَ بذرًا يَزرَعُه، ويُشارِكَ عِنانا، ويَستأجِرَ ويُؤجِرَ ولو نفسَه، ....

شراء (ثيابِ الكسوةِ)، يعني: للعبد الذي قال له مولاه: «قد أذنتُ لك في التجارة»، ولم يُقيِّده بشراء شيء بعينه أو بشراء طعام الأكل أو ثياب الكسوة، ولم يُقيِّده أيضا بنوع من التجارة: (أن يَبِيعَ) -مبتدأ مؤخَّرٌ- (ويَشترِيَ)؛ لأن اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات، وأما إذا أمره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة: لا يكون مأذونا له؛ لأنه استخدامٌ، ولو صار مأذونا له: لَتضرَّرَ كما في «شرح الكنز» للعيني[1].

وفي «القهستاني»: إذا قال له: «أذنتُ لك في التجارة»؛ أي: في كل تجارة، أو قال له: «اشتَرِ لي ثوبا، وبِعْه»، أو قال: «آجِرْ نفسك من الناس»: فإنه صار مأذونا؛ لأنه أمر بالعقود المتكرِّرة، بخلاف ما لو قال: «اشتَرِ لي ثوبا للكسوة»، أو «آجِرْ نفسك من فلان في عمل كذا»: فإنه لم يصر مأذونا؛ لأنه أمَره بعقد واحد وقد صح أن يكون استخداما، فلو لم يصح للاستخدام: صار مأذونا، وإن أمَره بعقد واحد كما إذا غصب العبد متاعا وأمَره السيد أن يبيعه: فإنه صار مأذونا؛ لأنه لم يكن أن يجعل استخداما؛ لا للسيد وهذا ظاهر، ولا للمالك؛ لأنه لم يعمل له، وعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل كما في «الذخيرة»[2].

(ويُوَكِّلَ بهما) أي: له التوكيل بالبيع والشراء؛ لأنه من توابع التجارة، فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل، فيحتاج إلى معيَّن.

(و) له أن (يُسلِمَ) أي: يجعل نفسه رب السَّلَم، (و) له أن (يَقبَلَ السَّلَم) أي: يجعل نفسه المسلَم إليه؛ لأنهما من توابع التجارة.

(و) له أن (يَرهَنَ ويَرتهِنَ)؛ لأنهما إيفاء واستيفاء، وهما من توابع التجارة.

(ويُزارِعَ) أي: له أن يدفع الأرض مزارعة، ويأخذها مزارعة؛ لأنها من عمل التجارة، (و) له أن (يَشترِيَ بذرًا يَزرَعُه)؛ لأن يربح.

(و) له أن (يُشارِكَ عِنانا)؛ لأنه وكالة، وليس أن يشارك مفاوضة؛ لأنها كفالة.

(و) له أن (يَستأجِرَ) الأجير والبيت وغيرهما، (ويُؤجِرَ ولو) -وصلية- (نفسَه)؛ فإن إجارة نفسه بيعُ منافعه، وليس كبيع نفسه، فيملك التصرف.

---

(١) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٣١٨).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٣٧٦-٣٧٧)، و«فتاوى الذخيرة» لابن مازة (١٣/٢٧٥).

ويُضارِبَ ويَدفَعَ المال مضاربةً، ويُبضِعَ، ويُعِيرَ، ويُقِرَّ بدَينٍ ووديعةٍ وغصبٍ.

ولو باعَ أو اشتَرَى بغبنٍ فاحشٍ: جاز، خلافا لهما.

وعند **الأئمة الثلاثة**: ليس له ذلك؛ لأن ذلك تصرُّفٌ في نفسه، فلا ينتظمه الإذن[1].

(و) له أن (يُضارِبَ) أي: يأخذ المال مضاربة، (**ويَدفَعَ المال مضاربةً**)؛ لأنه إن دفَع: يكون مستأجرا، وإن أخَذ: يكون مؤجرا نفسه، وهما من التجارة.

(و) له أن (يُبضِعَ) أي: يدفع المال بِضاعة، يعني: له أن يعطي رجلا قدرَ رأسِ المال لِيتَّجر به ويكونَ الربح له.

(و) له أن (يُعِيرَ).

(و) له أن (يُقِرَّ بدَينٍ[2])؛ إذ لو لم يجز الإقرار: لم يعامله أحد، فيكون من لوازم المعاملة؛ سواء صدَّقه المولى أو كذَّبه، وسواء كان مديونا أو لا.

هذا إذا كان إقراره في صحته، وإن كان في المرض: قُدِّم غرماء الصحة كما في الحر.

وعند **الأئمة الثلاثة**: بدينِ معاملةٍ فقط[3].

وإذا أقرَّ لزوجته وولدِه ووالدِه: بطل عند **الإمام**، خلافا **لهما**.

(**ووديعةٍ**)؛ لأن الإيداع وقبول الوديعة من عادة التجار، فله أن يقر بها، (**وغصبٍ**)؛ لأن ضمان الغصب مفاوضة، فيملك المغصوب بالضمان، فله أن يقر به.

(**ولو باعَ أو اشتَرَى بغبنٍ فاحشٍ: جاز**) عند **الإمام**؛ لأن المأذون متصرف بأهلية نفسه كالحر، فيصح عقده بالفاحش ولو نهي عن البيع بالغبن الفاحش كما في «المنح»[4].

(**خلافا لهما**)؛ لأن المقصود من الإذن الاسترباحُ، والعقدُ بالفاحش إتلافٌ، فلا يدخل تحت الإذن، فلا يجوز.

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/٢٣٥).

(٢) المراد بـ«الدين»: ما حصل بالتجارة؛ لأنه لو لم يحصل به كإقراره بمهر لا يصح: فلا يؤاخذه به قبل العتق، وفي «المحيط»: هذا إذا أقرَّ قبل أن يباع، ولو أقرَّ بعده: لا يُصدَّق على الغرماء؛ لأنه بالبيع صار محجورا، وإقرارُ المحجور لا يصح كما في «شرح المجمع». (داماد، منه).

(٣) «بحر المذهب» للروياني (٥/٤٩٠).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٥٨/أ).

ولو حَابَى في مرضِ موتِه: صحَّ من جميع المال إن لم يكن عليه دينٌ، وإن كان: فمن جميعِ ما بَقِيَ، وإن لم يَبْقَ: أدَّى المشتري جميعَ المُحاباةِ أو رَدَّ المبيعَ.

وله أن يُضيِّفَ مُعامِله، ويَحُطَّ من الثمن بعيبٍ، ويَأْذَنَ لرقيقِه في التجارة.

قيَّد بـ«الفاحش»؛ لأن بيعه وشراءه بغبنٍ يسيرٍ جائزٌ بالاتفاق؛ لتعذر الاحتراز عنه[١٧٣/ب].

(ولو حَابَى) العبد المأذون -أي: باع شيئا بأقل من قيمته، و«المحاباة»: الغبن بالرضا- (في مرضِ موتِه: صحَّ من جميع المال إن لم يكن عليه) أي: على المأذون (دينٌ)، فيَنفذ وإن زادت المحاباة على الثُّلُث، (وإن كان) عليه دينٌ: (فمن جميعِ ما بَقِيَ) بعد الدين، يعني: يؤدي دينه أولا، فما بقي يكون المحاباة من جميعه؛ لأن الاقتصار في الحر على الثلث، ولا وارث للعبد، والمولى وإن كان بمنزلة الوارث إلا أنه رضي بسقوط حقه بالإذن، فصار كالوارث إذا أسقط حقه من الثلثين.

(وإن لم يَبْقَ) شيء بعد الدين بأن كان محيطا بما في يده: (أدَّى المشتري جميعَ المُحاباةِ أو رَدَّ المبيعَ) أي: يقال له: «أدِّ جميع المحاباة، وإلا: فارْدُد البيع» كما في الحر.

هذا إذا كان المولى صحيحا، وإن مريضا: لا تصح محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى كتصرُّف المولى بنفسه كما في «التبيين»(١).

(وله) أي: للمأذون (أن يُضيِّفَ مُعامِله)؛ لجريان العادة بذلك بين التجار؛ لاستجلاب القلوب.

وفي «البزازية»: ويتَّخذ الضيافة اليسيرة لا الكثيرة، وذا بقدر المال، حتى: لو كان في يده عشرة آلاف درهم: فبعشرةٍ يسيرةٌ، ولو عشرة دراهم في يده: فبدانقٍ كثيرةٌ(٢).

(و) له أن (يَحُطَّ من الثمن) قدرَ ما يحط التجار؛ لأنه لا يملك أن يحط من الثمن أكثرَه من العادة؛ لأنه تبرُّع بعد تمام العقد (بعيبٍ) أي: بسبب عيبٍ ظهَر فيه؛ لأنه من صنيع التجار.

قيَّد بـ«العيب»؛ لأنه لا يحط بدونه؛ لأنه تبرُّع.

(و) له أن (يَأْذَنَ لرقيقِه في التجارة)؛ لأنه نوع تجارةٍ.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٠٦).

(٢) «الفتاوى البزازية» (٢/٢٧١).

لا أن يتزوَّجَ أو يُزوِّجَ عبدَه، وكذا أَمتَه خلافا لأبي يوسف، ولا أن يُكاتِبَ، أو يُعتِقَ ولو بمالٍ، أو يُقرِضَ، أو يَهَبَ ولو بعِوضٍ، أو يُهدِيَ إلا اليسيرَ من الطعام. والمحجورُ لا يُهدِي اليسيرَ أيضا، ....

والأصلُ: أن كل من له ولاية التجارة: يصح إذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والأب والجد والقاضي وشريكَي المفاوضة والعنان والوصي، ولا يجوز للأم والأخ والعم؛ لأنهم ليس لهم ولاية التجارة كما في «الاختيار»[1].

(**لا أن يتزوَّجَ**) أي: ليس للمأذون أن يتزوج إلا بإذن المولى؛ لأنه ليس من باب التجارة، ولا أن يتسرَّى جاريةً اشتراها وإن أذن له مولاه كما في «جواهر الفقه».

(**أو يُزوِّجَ عبدَه**)؛ لأن التزويج ليس بتجارة، فلا ولاية له في ذلك إلا بإذن المولى.

(**وكذا**) لا يُزوِّج (**أَمتَه**) عند الطرفين.

(**خلافا لأبي يوسف**)؛ فإن عنده يزوج الأمة دون العبد؛ لأن تزويجها تحصيل مالٍ بإسقاط النفقة وإيجابِ المهر، فيصير كإجارتها.

ولهما: أن الإذن لا يتناول غير التجارة، وقد مر: أن التزويج ليس منها.

(**ولا أن يُكاتِبَ**) رقيقه؛ لأنه ليس بتجارة؛ إذ هي مبادلة مالٍ بمال، وبدلُ الكتابة مقابَل بفكِّ الحجر، وهو ليس بمال.

(**أو يُعتِقَ ولو**) -وصلية- (**بمالٍ**)؛ لأن الإعتاق فوق الكتابة، فإذا لم يملك هذا: لا يملك الأعلى، ولأنه ليس بحرٍّ، فلا يملك التحرير.

وهذا إذا لم يُجِز المولى، فإن أجاز ولا دين عليه: جاز، وكذا إذا كان عليه دين عندهما، لكن ضَمِن قيمة العبد للغرماء.

(**أو يُقرِضَ**) أي: ليس له أن يقرض؛ لأنه تبرُّع ابتداءً، (**أو يَهَبَ ولو**) -وصلية- (**بعِوضٍ**)؛ لأنها من التبرُّعات.

(**أو يُهدِيَ**) أي: ليس له الإهداء (**إلا**) إهداء الشيء (**اليسيرَ من الطعام**) كالرغيف ونحوِه؛ لاستجلاب القلوب، لا الدراهم والدنانير.

(**والمحجورُ لا يُهدِي اليسيرَ أيضا**)؛ لعدم الإذن.

---

(١) «الاختيار» للموصلي (١٠٢/٢).

وعن أبي يوسف: إذا دَفَعَ المولى إلى المحجورِ قُوتَ يومِه، فدَعَا بعضَ رُفَقائِه للأكل معه: فلا بأسَ به، بخلاف ما لو دَفَعَ إليه قُوتَ شهرٍ.

قالوا: ولا بأسَ للمرأة أن تَتصدَّق من بيتِ زوجِها اليسيرَ كالرغيف ونحوه.

وما لَزِمَ المأذونَ من الدين بسببِ تجارةٍ أو ما في معناها كبيعٍ وشراءٍ وإجارةٍ واستئجارٍ وغصبٍ وجحدِ أمانةٍ وعُقْرِ أَمةٍ شَرَاها فوَطِئَها فاستُحِقَّت: يَتعلَّق برقبتِه،.........

(وعن أبي يوسف: إذا دَفَعَ المولى إلى) العبد (المحجورِ قُوتَ يومِه، فدَعَا بعضَ رُفَقائِه) على ذلك الطعام (للأكل معه: فلا بأسَ به)؛ لعدم ظهور الضرر على المولى، (بخلاف ما لو دَفَعَ إليه) أي: إلى العبد المحجور (قُوتَ شهرٍ)؛ لِما في أكلهم حينئذ ضررٌ بيّنٌ للمولى.

(قالوا: ولا بأسَ للمرأة أن تَتصدَّق من بيتِ زوجِها اليسيرَ[1] كالرغيف ونحوه) بدون استطلاع رأيِ الزوج؛ لأنها غير ممنوعة من قِبَله عادة.

وهذه المسألة ليست من مسائل هذا الباب، فيكون ذكرها لمناسبةٍ هي كونها مأذونة عادة.

وفي أكثر الكتب: والأبُ والوصيُّ لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة[١٧٤/أ].

(وما لَزِمَ المأذونَ من الدين بسببِ تجارةٍ أو ما في معناها) أي: في حكم التجارة (كبيعٍ وشراءٍ): نظير للتجارة.

قيل: صورة وجوب الدين بالبيع والشراء: أن يبيعَ ويستحقَّ المبيع، ويهلك الثمن في يده.

(وإجارةٍ واستئجارٍ وغصبٍ وجحدِ أمانةٍ وعُقْرِ أَمةٍ شَرَاها فوَطِئَها فاستُحِقَّت) نظيرٌ لما هو في معنى التجارة.

قيل: صورة وجوب الدين بالإجارة: أن يأخذ المأذون الأجرة معجَّلا، ثم يهلك المستأجر أو يستحق قبل تمام المدة.

(يَتعلَّق) ذلك الدين (برَقبتِه) أي: المأذون.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «باليسير».

فيُباعُ فيه إن لم يَفْدِه المولى. ويقسم ثمنه وما في يده من كسبِه بالحِصَص؛ سواءٌ كَسَبَه قبلَ الدين أو بعدَه أو اتَّهَبَه، وما بَقِيَ عليه: يُطالَب به بعدَ عتقِه، ....

وفيه إشعار بأنه: لو باع مولاه بعد الدين: كان باطلا، فقيل: معناه: سيبطل؛ لأنه موقوف على إجازة الغرماء، وقيل: إنه فاسد؛ لأنه لو أعتقه المشتري بعد القبض: يصح، ولزمه قيمته، فلا يكون موقوفا كما في «القهستاني»[1].

(**فيُباعُ فيه**) أي: يبيع القاضي المأذون مرة في ذلك الدين بطلب الغرماء بحضرة مولاه أو نائبِه وإن لم يرض بذلك مولاه، (**إن لم يَفْدِه**) أي: الدين (**المولى**).

وقال زفر: يتعلق بالكسب لا بالرقبة؛ لأنه مأذون في التجارة، لا في التصرف في رقبته؛ لأن غرض المولى من إذنه تحصيلُ مالٍ لم يكن، لا تفويتُ مالٍ قد كان، بخلاف دين الاستهلاك؛ فإنه يباع فيه؛ لجنايةٍ لا تعلُّق لها بالإذن، وبه قال الشافعي[2] ومالك، وعن أحمد: يتعلق بذمة مولاه[3].

ولنا: أنه ظاهرٌ في المولى بسبب الإذن، وكلُّ دين يَظهر في حقه: فهو متعلق بالرقبة؛ لأنه لا بد من محلٍّ يُستوفَى منه، وأقربُ المَحالِّ إليه نفسُه، فصار كدين الاستهلاك، والجامعُ دفعُ ضرر الناس.

(**ويقسم**) القاضي (**ثمنه**) أي: ثمن العبد (**وما في يده**) أي: يد المأذون (**من كسبِه**) بين الغرماء (**بالحِصَص**) أي: بمقدار نصيب دين كلٍّ واحد منهم؛ لأن دُيونهم متعلقة برقبته، فيتحاصصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة (**سواءٌ**) كان (**كَسَبَه**) أي: كَسَب المأذون ما في يده (**قبلَ الدين أو بعدَه أو اتَّهَبَه**)، وحاصله: سواء كان كسبه قبل الدين أو بعده بالمبايعة أو بقبول الهبة.

وفيه إشعار بأنه يشترط حضور المأذون في بيع كسبه؛ لأنه الخصم فيه، ولا يشترط رضاه ولا حضور مولاه.

(**وما بَقِيَ عليه**) أي: على العبد من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه (**يُطالَب به بعدَ عتقِه**)، ولا يطالب به للحالِ؛ إذ لهم الخيار في القليل العاجل بالبيع والكثير الآجل بالسعاية،

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٣٧٩).

(٢) «الحاوي الكبير» للمرداوي (٥/٣٧١).

(٣) «مسائل الإمام» لهلال (٢/١١٦).

وما أَخَذَه سيِّدُه منه قبلَ الدينِ: لا يُستَرَدُّ، وله أخذُ غَلَّةِ مثلِه مع وجود الدَّين، والزائدُ عليها للغُرَماء.

ويَنحجِر المأذونُ إن أَبَقَ أو مات سيِّدُه أو جُنَّ مُطبِقًا أو لَحِقَ بدار الحرب مرتَدًّا.....

لا في الجمع بينهما، ولا في الطلب من المولى؛ لانقطاع تعلُّقه به.

(**وما أَخَذَه سيِّدُه منه**) أي: من كسبه (**قبلَ**) ظهور (**الدينِ: لا يُستَرَدُّ**)؛ لأنه أخذه حين كان فارغا عن حاجة العبد، فخلَص له بمجرد القبض.

(**وله**) أي: للمولى (**أخذُ غَلَّةِ**) أي: أجرةِ (**مثلِه مع وجود الدَّين**)، يعني: لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهرٍ عشرة دراهم -مثلا- قبلَ لُحوق الدين: يكون له أخذ غَلَّة بعد وجود الدين مثل ما أخذه قبل الدين استحسانا.

والقياس: أن لا يأخذ؛ لأن الدين مقدَّم على حق المولى في الكسب.

وجه الاستحسان: أن في أخذه الغلة منفعة للغرماء؛ فإنه يتركه على حاله لأجل ما يحصل له من المنفعة، ولو لم يأخذ: يُحجَر عليه، فيَنسدُّ عليهم باب الاكتساب.

(**والزائدُ عليها**) أي: على غلة مثله (**للغُرَماء**)؛ لعدم الضرورة فيه وتقدُّمِ حقهم.

(**ويَنحجِر المأذونُ**) غيرُ المدبر (**إن أَبَقَ**)؛ لأن الإباق يمنع ابتداء الإذن **عندنا** على ما ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده، وكذا يمنع بقاءه، فلا يلزم شيء من تصرفاته كالبيع.

وعند **زفر والأئمة الثلاثة**: يبقى مأذونا[1]؛ لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن، فلا ينافي دوامه.

وهل يعود الإذن إن عاد من الإباق؟ فالصحيح: أنه لا يعود.

وفي «القهستاني»: لو أذن الآبق: لم يصح الإذن، لكن في «الهداية» إشارة إلى أنه قد صح إذنه كإذن العبد المغصوب؛ فإنه قد صح إلا أنه لا يبطل إذنه به، وفصَّل في «الذخيرة» بأنه إن أقرَّ الغاصب أو كان للمالك بينة حاضرة: فقد صح الإذن، وإلا فلا[2][١٧٤/ب].

(**أو مات سيِّدُه أو جُنَّ مُطبِقًا أو لَحِقَ بدار الحرب**) حال كونه (**مرتَدًّا**)؛ عَلِم العبد بذلك

---

(١) «البيان» للعمراني (٢٤٢/٧)، و«المغني» لابن قدامة (٦٢/٥).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٣٨٠/٢)، و«الهداية» للمرغيناني (٢٩١/٤)، و«فتاوى الذخيرة» لابن مازة (٣١٣/١٣).

أو حُجِرَ عليه وعَلِمَ به أكثرُ أهلِ سُوقِه، والأَمةُ إن استَوْلَدها لا إن دَبَّرَها. ويَضمَن القيمةَ للغريم فيهما.

وإقرارُه بعد الحَجرِ بدينٍ أو بأن ما في يده أمانةٌ أو غصبٌ: صحيحٌ، خلافا لهما.

أو لم يعلم، أما الموت: فلأنه يزيل الملك، وأما الجنون: فلأنه يزيل الأهلية، وأما اللحاق: فلأنه موتٌ حكما، (**أو حُجِرَ عليه**) أي: يصير محجورا إن حجَر المولى عليه بأن قال: «حجرْتُك عن التصرف»، أو بإيصال خبر الحجر إليه[1] بشرط أن يَعلم المأذون حجْرَ نفسِه؛ للاحتراز عن الضرر هو قضاء الدين بعد الحرية، (**وعَلِمَ به أكثرُ أهلِ سُوقِه**) أي: سوق العبد؛ لأن الأكثر قائمٌ مقام الكل.

هذا إذا كان الإذن شائعا، أما إذا لم يعلمه إلا العبد: فيكفي علمه حجره.

وقال **الشافعي**: حجرُه صحيح وإن لم يعلم به أحد من أهل سوقه، وبه قال **مالك وأحمد**.

(و) تَنحجر (**الأَمةُ**) المأذونة (**إن استَوْلَدها**) سيدُها **عندنا** استحسانا؛ لأنه يَمنع عن أن تَخرج إلى الناس لِتُعامِل معهم، فيكون الاستيلاد إحصانا دالاًّ على الحجر عادة إلا إذا أَذِنها صريحا وهو يَتفوَّق دلالة.

وقال **زفر**: لا يصير محجورا عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء؛ فإنه يصح أن يأذن لأم ولده، والبقاءُ أسهل، وبه قالت **الأئمة الثلاثة**.

(**لا**) تنحجر الأمة المأذون (**إن دَبَّرَها**) المولى، وهذا **بالإجماع**؛ لانعدام دلالة الحجر.

(**ويَضمَن**) المولى (**القيمةَ للغريم فيهما**) أي: في الاستيلاد والتدبير؛ لأنه أتلف بهما محلاًّ تعلَّق به حق الغرماء وهو الرقبة المحبوسة عنده؛ لأنه بفعله امتنع بيعهما، وبالبيع يقضي حقهم. وعند **الأئمة الثلاثة**: لا يضمن.

(**وإقرارُه**) أي: المأذون -وهو رفعٌ بالابتداء- (**بعد الحَجرِ بدينٍ أو بأن ما في يده أمانةٌ**) لغيره، (**أو غصبٌ**) منه: (**صحيحٌ**)، فيقضي مما في يده لا من رقبته؛ لأنها ليست من كسبه بل من كسب مولاه، هذا عند **الإمام**.

(**خلافا لهما**)؛ فإنهما **قالا**: لا يصح إقراره، وهو القياس؛ لأن المصحِّح هو الإذن وقد زال، وبه قالت **الأئمة الثلاثة**.

---

(١) ويثبت الإذن بخبر الواحد، وأما الحجر: فكذلك عندهما، وعنده: يشترط العدالة أو العدد. (داماد، منه).

وإن استَغْرَق دينُه رقبتَه وما في يده: لا يَملِك سيّدُه ما في يده. فلو أَعتَق عبدًا مما في يده: لا يصحُّ، وعندهما: يَملِك، ويصحُّ عِتقُه. وإن لم يَستغرِق: صحَّ اتفاقا.

ويصحُّ بيعُه من سيِّده بمثل القيمة ....

وجه الاستحسان: أن المصحح هو اليد وهي باقية حقيقة، وبطلانُ اليد حكما بالحجر فراغُ ما في يده من الإكساب عن حاجته، وإقرارُه دليل على تحقُّقها.

(وإن استَغْرَق دينُه) أي: دين المأذون (رقبتَه وما في يده: لا يَملِك سيِّدُه ما في يده) من اكتسابه عند الإمام.

ثم فرَّع عليه بقوله:

(فلو أَعتَق عبدًا مما في يده: لا يصحُّ) عند الإمام.

(وعندهما)، وعند الأئمة الثلاثة: (يَملِك) السيد ما في يده، (ويصحُّ عِتقُه)[1] في عبده، ويغرم قيمته للغرماء؛ لوجود سبب الملك في كسبه وهو كونه مالكا لرقبته، ولهذا يحل وطء المأذونة.

وله: أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته، والمحيطُ به الدينُ مشغول بها، فلا يخلفه فيه، والعتقُ وعدمُه فرعُ ثبوتِ الملك وعدمه.

وقال صاحب «المنح»:

* ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى: لم يعتق، ولو كان المولى يملك ما معه: لعتَق.

* ولو أتلف المولى ما في يده من الرقيق: ضَمِن؛ لأنه أتلف ما لا يملكه، ولو كان المولى يملك ما معه لم يَضمن[2].

(وإن لم يَستغرِق) دينُه رقبتَه: (صحَّ) إعتاق عبده (اتفاقا)؛ أما عندهما: فظاهر، وأما عنده: فلأنه لا يعرى عن دين قليل، فلو جعل مانعا: لا يبقى الانتفاع بكسبه، فيفوت الغرض من الإذن.

(ويصحُّ بيعُه) أي: بيع هذا المأذون (من سيِّدِه بمثل القيمة) أو أكثر؛ لأنه لا تهمة في

---

(١) في الأصل، ح، م من صلب الشرح، والمثبت من ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٥٧١/٢)، ولكن في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»، ن، والمطبوع: «فيصح».

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٦٠/أ).

لا بأقلَّ، وبيعُ سيِّدِه منه بمثلها لا بالأكثر. فلو باعَ بأكثرَ: يَحُطُّ الزائدَ أو يَنقُض البيعَ. فإن سَلَّمَ سيِّدُه إليه المبيعَ قبلَ نقدِ الثمنِ: سَقَطَ الثمنُ، ....

البيع بمثل القيمة، فيصح، (لا) يصح بيعه (بأقلَّ) من القيمة ولو يسيرا؛ لأن حق الغرماء تعلَّق بالماليَّة، فليس له أن يبطل حقهم، أما لو كان دينُه أقلَّ بحيث لا يحيط: فجاز بيعه بأقل من قيمته؛ لعدم تعلق حق الغرماء.

وفي «القهستاني»: وهذا عنده، وأما عندهما: فيبيع من سيده مطلقا، إلا أن السيد مخيَّر بين إزالة الغبن وبين نقض البيع، ويبيع من أجنبي بالغبن اليسير لا الفاحش، وقيل: الصحيح: أن قوله كقولهما كما في «الكافي»[١].

(و) يصحُّ (بيعُ سيِّدِه منه) أي: من هذا المأذون (بمثلها) أي: بمثل القيمة، وبالأقل منها[١٧٥/أ] لا يصح؛ لأن المولى أجنبي عن كسب عبده إذا كان عليه دين، فالكلام فيه؛ لأنه لا يملك كسبه، فيخرج المبيع عن ملكه، فيصح كما في الأجنبي.

وعندهما: جواز البيع يَعتمد الفائدة وقد وجدت؛ فإن المولى يستحق أخذ الثمنِ والعبدِ المبيع، فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك، فأفاد كما في «التبيين»[٢].

(لا) يصح (بالأكثر)؛ لأن الزيادة تعلَّق بها حق الغرماء، (فلو باعَ) المولى منه (بأكثرَ) من قيمة المثل: (يَحُطُّ) المولى (الزائدَ) عن القيمة، (أو يَنقُض البيعَ)؛ صيانة لحق الغرماء كما في «المبسوط» بلا ذكر الخلاف[٣]، لكن في «المحيط» وغيره: أنه عندهما، وأما عنده: فالبيع فاسد وإن أسقط المحاباة وكان الغبن يسيرا كما في «القهستاني»[٤].

(فإن سَلَّمَ سيِّدُه إليه) أي: إلى العبد (المبيعَ قبلَ نقدِ الثمنِ: سَقَطَ) عن ذمة هذا المأذون (الثمنُ) أي: ثمن مبيعٍ باعَه سيِّدُه منه؛ لأن المولى لمَّا سلَّم المبيع: فقد أبطل حقه من العين، فلم يبق له حقٌّ إلا في الدين مع أن المولى لا يستوجب على عبده دينا، فيبطل الثمن أيضا، فيخرج مجانا.

* بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا: حيث يكون المولى أحقَّ به من الغرماء؛ لأنه تعيَّن

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٣٨١/٢).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢١٥/٥).

(٣) «المبسوط» للسرخسي (٩٥/٢٥).

(٤) «جامع الرموز» للقهستاني (٣٨١/٢).

وله أن لا يُسلِّمه حتى يَأخُذ ثمنَه.

ويَضمَن السيِّدُ بإعتاقه المأذونَ مديونًا الأقلَّ من قيمتِه ومن الدينِ، وما زادَ من دينِه على قيمتِه: طُولِبَ به مُعتَقًا.

وإن باعَه وهو مديونٌ مُستغرِقٌ، وغَيَّبَه مُشترِيه: فللغُرَماء إجازةُ بيعِه وأخذُ ثمنِه، ......

بالعقد، فملكه به عنده، وعندهما: تعلَّق حقه بعينه، فكان أحق به.

* وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده، فسلَّم إليه المبيع قبل قبض الثمن: حيث لا يسقط الثمن كما في «التبيين»[1].

وعن **أبي يوسف**: أن للمولى أن يَستردَّ المبيع إن كان قائما في يد العبد ويَحبسه حتى يَستوفي الثمن.

(**وله**) أي: للمولى (**أن لا يُسلِّمه**) أي: المبيع (**حتى يَأخُذ ثمنَه**)؛ لأن البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن، فيبقى للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن، ولذا يكون أخصَّ من سائر الغرماء.

(**ويَضمَن السيِّدُ**) للغرماء (**بإعتاقه**) العبد (**المأذونَ**) حال كونه (**مديونًا الأقلَّ من قيمتِه**) أي: العبد (**ومن الدينِ**) أي: إن كانت قيمة المأذون أقلَّ من الدين: ضمن سيده للغرماء القيمةَ؛ لتعلُّق حقهم برقبته، وإن كان الدين أقلَّ من القيمة: ضمن الدين؛ لأن حق الغرماء ليس إلا فيه وقد وصلوا إليه، وصار هذا كما لو أعتق الراهن المرهون.

(**وما زادَ من دينِه على قيمتِه: طُولِبَ به مُعتَقًا**) أي: للغرماء أن يطالبوه بعد عتقه؛ لأن الدين مستقرٌّ في ذمته؛ لوجوب سببه، والمولى لم يتلف إلا قدر القيمة، فبقي الباقي عليه كما كان، فيرجع به عليه.

وعند **مالك** و**الشافعي**: يؤخذ من كسبه، وإلا: طولب بعد عتقه.

قيل: الغرماء بالخيار؛ إن شاؤوا: اتَّبعوا المعتق بالدين، وإن شاؤوا: اتَّبعوا المولى بالأقل من قيمته ومن الدين.

(**وإن باعَه**) المولى (**وهو**) أي: العبد المأذون (**مديونٌ مُستغرِقٌ**) برقبته، (**وغَيَّبَه مُشترِيه**) أي: جعله المشتري بعد قبضه غائبا: (**فللغُرَماء إجازةُ بيعِه وأخذُ ثمنِه**) أي: إن شاء الغرماء:

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢١٥).

أو تضمينُ أيّ شاؤوا من السيّدِ والمشترِي قيمتَه. وإن ضَمَّنوا السيدَ، ثم رُدَّ عليه بعيبٍ: رَجَعَ عليهم بالقيمة، وعادَ حقُّهم في العبد.

وإن باعَه وأَعلَمَ بكونه مديونًا: فللغُرَماء ردُّ البيعِ إن لم يَصِلْ ثمنُه إليهم، وإن وَصَلَ ولا مُحاباةَ في البيع: فلا.

أجازوا البيع، وأخذوا ثمن العبد، وحينئذ لا يضمنون أحدا القيمة؛ لأن الحق لهم، والإجازةُ اللاحقة كالإذن السابق، (**أو تضمينُ أيّ شاؤوا من السيّدِ والمشترِي**[1] **قيمتَه**) أي: قيمة العبد؛ لأنه متعدٍّ ببيعه وتسليمه إلى المشتري.

وإنما قيّد بقوله: «وغيّبه»؛ لأن الغرماء إذا قدَروا على العبد: كان لهم أن يبطلوا البيع إلا أن يقضي المولى ديونهم.

(**وإن**[2] **ضَمَّنوا السيدَ**) أي: إن اختاروا تضمين قيمته إياه، (**ثم رُدَّ عليه**) أي: رَدَّ المشتري العبد على البائع بقضاءٍ (**بعيبٍ**) أي: بسبب عيب بعدما ضمَّنه الغرماء قيمته: (**رَجَعَ**) المولى (**عليهم**) أي: على الغرماء (**بالقيمة، وعادَ حقُّهم**) أي: الغرماءِ (**في العبد**)؛ لأن سبب الضمان قد زال، وهو: البيع والتسليم.

هذا إذا ردَّه عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء؛ لأنه فسخٌ من كل وجه، وكذا إذا ردَّه عليه بخيار الرؤية أو الشرط.

وإن ردَّه بالعيب بعد القبض بغير قضاء: فلا سبيل للغرماء على العبد، ولا للمولى على القيمة؛ لأن الرد بالتراضي إقالةٌ، وهي بيعٌ في حق غيرهما.

وإن فضَل شيء من دينهم: رجعوا به على العبد بعد الحرية[١٧٥/ب].

(**وإن باعَه**) المولى (**و**) الحال أنه قد (**أَعلَمَ**) المشتري (**بكونه مديونًا: فللغُرَماء ردُّ البيعِ إن لم يَصِلْ ثمنُه إليهم**)؛ لأن حقهم تعلّق به، وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته، وفي كل منهما فائدة، فالأول تامٌّ مؤخَّر والثاني ناقصٌ معجَّل، وبالبيع تفوت هذه الخيرة، فلهذا لهم أن يَردُّوه، (**وإن وَصَلَ**) ثمنه إليهم (**ولا مُحاباةَ في البيع: فلا**) أي: فليس لهم أن يَردُّوه؛ لوصول حقهم إليهم، فينفذ البيع؛ لزوال المانع.

---

(١) هكذا في الأصل، ح، م، وفي ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أو المشتري».

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فإن».

فإن غابَ البائعُ: فالمشتري ليس خصمًا لهم إن أَنكَرَ الدينَ، وعند أبي يوسف: هو خصمٌ، ويَقضِي لهم بالدين.

ومن قال: «أنا عبدُ فلانٍ»، فاشتَرَى وباعَ: فحكمه كالمأذون إلا أنه لا يُباعُ في الدين ما لم يُقِرَّ سيِّدُه بإذنه.

هذا إذا كان الدين حالاً، وكان البيع من غير طلب الغرماء، والثمنُ لا يفي بدينهم، فأما إذا كان دينهم مؤجَّلا: فالبيع جائز؛ لأنه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حقٌّ لغيره؛ لأن حق الغرماء متأخِّر، وكذا إذا كان البيع بطلبهم؛ لأن البيع وقع لأجلهم، وكذا إذا كان الثمن يفي بدينهم.

(**فإن غابَ البائعُ**) بعد بيع المولى المأذون وقبضِ المشتري: (**فالمشتري ليس خصمًا لهم إن أَنكَرَ**) المشتري (**الدينَ**) **عند الطرفين**.

(**وعند أبي يوسف: هو خصمٌ، ويَقضِي لهم بالدين**)؛ لأنه يدَّعي الملك لنفسه، فيكون خصما لكل من ينازعه.

ولهما: أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما، فيكون الفسخ قضاء على الغائب.

وعلى هذا الخلاف: إذا اشترى دارا، ووَهبها، وسلَّمها، وغاب، ثم حضر الشفيع: فالموهوب له ليس بخصم عندهما، خلافا له، وأما إذا كان البائع حاضرا والمشتري غائب: فالحكم كذلك إجماعا.

(**ومن قال**) عند قدومه مصرا: (**«أنا عبدُ فلانٍ»، فاشتَرَى**[1] **وباعَ**) ساكتا عن إذنه وحجرِه أو غيرَ ساكت: (**فحكمه كالمأذون**)؛ بناء على أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز إلا بالإذن، فوجب أن يحمل عليه مع أن العمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات؛ دفعا للضرر عن الناس، أو لأن تصرُّفه وإقدامه عليه كالحر دليل الإذن.

(**إلا أنه لا يُباعُ في الدين**)؛ لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن؛ لأن المدبر المأذون إذا لَحِقه الدين: لا يباع رقبته؛ إذ الدين لم يظهر في حق المولى؛ لأن الغرور والضرر ليس من جانبه، فيطالب الدين من العبد بعد عتقه (**ما لم يُقِرَّ سيِّدُه بإذنه**)، يعني: إذا حضر المولى وأقرَّ بإذنه، أو أثبت الغريم إذنه على وجه المولى: فيباع العبد المأذون.

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «واشترى».

فصل: تصرُّفُ الصبيِّ إن نَفَعَ كالإسلامِ وقبولِ الهبةِ والصدقةِ: صحَّ بلا إذنٍ، وإن ضَرَّ كالطلاقِ والإعتاقِ: فلا ولو بإذنٍ، وإن احتَمَلَهما كالبيعِ والشراءِ: صحَّ بالإذن لا بدونه.

فإذا أَذِنَ للصبيِّ في التجارة أبوه أو جَدُّه عند عدمِه أو وصيُّ أحدِهما أو القاضي: فحكمُه حكمُ العبدِ المأذونِ بشرطِ أن يَعقِلَ كونَ البيعِ سالبًا للملك والشراءِ جالبًا له.

(فصل)
في بيان حكم الصبي والمعتوه

(**تصرُّفُ الصبيِّ إن نَفَعَ**) بلا ضرر أصلا (**كالإسلامِ وقبولِ الهبةِ والصدقةِ: صحَّ بلا إذنٍ**) أي: بلا توقُّف على إذن الولي؛ لكونه أهلا ولو على القصور، (**وإن ضَرَّ**) أي: إن كان تصرُّفه ضارًّا (**كالطلاقِ والإعتاقِ: فلا**) يصح (**ولو**) -وصلية- (**بإذنٍ**)؛ لانعدام الشرط فيه، وهو: الأهلية الكاملة، (**وإن احتَمَلَهما**) أي: النفع والضر (**كالبيعِ والشراءِ: صحَّ بالإذن**) أي: بإذن الولي، (**لا بدونه**) أي: الإذنِ، علِّق بإذن وليِّه؛ دفعا للضرر بانضمام رأي الولي في المتردد بينهما.

وعند الشافعي: لا يصح تصرُّفه بإجازة الولي، ولذا لا يصح إسلامه[1].

(**فإذا أَذِنَ للصبيِّ في التجارة أبوه أو جَدُّه عند عدمِه**) أي: عدم الأب (**أو وصيُّ أحدِهما**) أي: وصي الأب أو الجد عند عدم وصي الأب.

والمراد منه الترتيب؛ لأن وصي الأب مقدَّم على الجد، وترتيبه: أبوه ما دام حيا حاضرا، وبعد موته وصيُّه المختار، ثم وصيُّ وصيِّه كما في «القهستاني»[2]، ثم جدُّه -هو: أب الأب-، ثم وصيُّه، ثم وصيُّ وصيِّه.

(**أو القاضي**) أي: ثم القاضي أو من يقوم مقامه، دون الأمِّ ووصيِّها وصاحبِ الشرط.

(**فحكمُه**) أي: حكم هذا الصبي (**حكمُ العبدِ المأذونِ**) في جميع ما ذكرنا من الأحكام من: أنه لا يتقيد بنوعٍ من التجارة، ويكون مأذونا لسكوت الولي حين يراه يبيع ويشتري، ويصح إقراره بما في يده من كسبه، ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما، (**بشرطِ أن يَعقِلَ كونَ البيعِ سالبًا للملك والشراءِ جالبًا له**) أي: للملك.

زاد الزيلعي عليه: وأن يقصد الربح، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش[3][١٧٦/أ].

---

(١) «كفاية الأخيار» للحصني (ص: ٢٥٨).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٣٨٢).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢١٩).

فلو أقرَّ الصبيُّ المأذونُ بما في يده من كسبِه أو إرثِه: صحَّ.
والمعتوهُ بمنزلةِ الصبيِّ. وصحَّ إذنُ الوصيِّ أو القاضي لعبدِ اليتيمِ

(**فلو أقرَّ الصبيُّ المأذونُ**[1]) بالتجارة من قِبَل الولي (**بما في يده من كسبِه**) من عينٍ أو دينٍ لوليه أو لغيره؛ لأنه من تمام التجارة، ولو لم يصح: لا يعامله الناس، (**أو إرثِه**) أي: بما وَرِث عن أبيه أو غيره: (**صحَّ**) إقراره في ظاهر الرواية[2]؛ لأن الحجر ارتفع بالإذن، فصار كالبالغ.

وعن **الإمام**: أنه لا يصح في الإرث؛ لأن الحاجة في صحة الإقرار بما معه للحاجة إليه في التجارة، ولا حاجة في الموروث.

(**والمعتوهُ**) الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور (**بمنزلةِ الصبيِّ**) فيما مرَّ من الأحكام، وفي «التبيين» تفصيل[3]، فليراجع.

(**وصحَّ إذنُ الوصيِّ أو القاضي لعبدِ اليتيمِ**)؛ لأن لهما تصرُّفًا في مال اليتيم والإذن منه.

**　**　**

---

(١) لفظة: «الصبي المأذون» هكذا في الأصل، وفي ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى» من صلب الشرح، وفي ح، م لفظة: «المأذون» من صلب الشرح فقط.

(٢) «الأصل» للإمام محمد (١٩٩/٨).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٢٠/٥).

كتاب الغصب: هو: «إزالةُ اليدِ المُحِقَّةِ بإثباتِ اليدِ المُبْطِلةِ».........

(كتاب الغصب)

وكان المناسب إيراده تِلوَ «كتاب الحجر»؛ لِما بينهما من المناسبة الظاهرة، لكن عارَضه أن إيراد المأذون بعد الحجر أدخلُ في المناسبة؛ لِما تقرَّر من أنه فكُّ الحجر، فأورده بعده كما في «المنح»[1].

هو في اللغة: أخذُ الشيء من الغير على وجه القهر؛ مالا كان أو غيره، حتى يطلق على أخذِ الحر ونحوه مما لا يُتقوَّم يقال: «غصَبه منه، وغصَبته عليه»، وقد يسمى المغصوب: «غصبا»؛ تسميةً للمفعول بالمصدر.

وفي الشرع:

(هو) أي: الغصب: («إزالةُ اليدِ المُحِقَّةِ) أي: التي لها حقٌّ (بإثباتِ اليدِ المُبْطِلةِ») في مالٍ متقوِّمٍ، محترَمٍ، قابلٍ للنقل، بغير إذن مالكه، لا بخُفيَةٍ.

وهذه القيود لا بد منها؛

* لأن قولنا: «في مالٍ» بمنزلة جنس؛ لكونه شاملا مع أنه احتراز عن ميتة وحر.

* وقولنا: «متقوِّم» احتراز عن خمر مسلم.

* وقولنا: «محترم» احتراز عن مال الحربي.

* وقولنا: «قابل للنقل» احتراز عن العقار؛ فإن غصْبَه غيرُ متصور، خلافا لمحمد، فعنده: «الغصب»: تفويت يد المالك لا غير.

وعند الأئمة الثلاثة: إثبات يد مبطلة لا غير[2].

وفائدة الخلاف في زوائد المغصوب؛ كولد المغصوبة، وثمرة البستان؛ فإنها ليست بمضمونة عندنا، وعندهم: مضمونة.

* وقولنا: «بغير إذن مالكه» احتراز عن أخذه من يد المالك بإذنه كالوديعة.

---

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٦٢/ب).

(٢) «البيان» للعمراني (٧/٩)، و«مناهج التحصيل» للرجراجي (٨/٤٠١)، و«الكافي» لابن قدامة (٢/٢١٧).

فاستخدامُ العبدِ وحملُ الدابّةِ غصبٌ، لا الجلوسُ على البِساط.

وحكمُه: الإثمُ إن عَلِمَ، ووجوبُ ردِّ عينِه في مكانِ غصبِه إن كانت قائمةً، والضمانُ لو هَلَكتْ.

ففي المِثليّ كالكَيلي والوَزنيّ والعَدديّ ....

---

* وقولنا: «لا بخفية» احتراز عن السرقة.

ثم أشار إلى الخلاف بقوله:

(**فاستخدامُ العبدِ**) أي: عبد الغير بغير إذنه، (**وحملُ الدابّةِ**) أي: دابة الغير بغير إذنه (**غصبٌ**)؛ لوجود إزالة اليد المحقة وإثباتِ اليد المبطلة فيهما، (**لا الجلوسُ على البِساط**)؛ لأن الجلوس عليه ليس بتصرُّفٍ فيه؛ إذ البسط فعلُ المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال، فلم يكن آخذا.

وعند **الأئمة الثلاثة**: الجلوس أيضا غصب[1].

(**وحكمُه**) أي: الغصبِ: (**الإثمُ إن**[2] **عَلِمَ**): أنه مال الغير، وأن ذلك الفعل غصبٌ وأقدَمَ عليه، أما إن ظنَّ أنه ماله: فالضمان، ولا إثمَ؛ إذ الخطأ مرفوع، (**ووجوبُ ردِّ عينِه**) أي: عين المغصوب (**في مكانِ غصبِه**) أي: غصب الغاصب إياها؛ لاختلاف القِيَم باختلاف الأماكن؛ (**إن كانت**) العين (**قائمةً**[3])؛ لقوله ﷺ: «**على اليد ما أخذتْ حتى تردَّ**»[4]؛ أي: يجب على اليد الغاصب ردُّ ما أخذتْ حتى تردَّ، فإذا ردَّتْ: سقط وجوب الرد، (**والضمانُ لو هَلَكتْ**) أي: العينُ؛ سواء عَلِم أو لم يعلم، وسواء هلك أو أهلك؛ لأنه حق العبد، فلا يتوقف على علمه وقصدِه.

(**ففي المِثليّ**)، وهو: ما يوجد له مثلٌ في الأسواق بلا تفاوُتٍ متعدٍّ به كما في أكثر الكتب[5]، لكن يشكل بنحو التراب والصابون؛ فإنه قيميٌّ: (**كالكَيلي والوَزنيّ والعَدديّ**

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/١٥٢).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لمن».

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «باقية».

(٤) أخرجه الترمذي في «سننه» (١٢٦٦)، وأبو داود في «سننه» (٣٥٦١)، وابن ماجه في «سننه» (٢٤٠٠)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٥/٣٣٣/٥٧٥١).

(٥) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٦٢)، و«شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٥/٤٤)، و«منح الغفار» =

المتقاربِ: يجبُ مثلُه. فإن انقطَع المثلُ: تجبُ قِيمتُه يوم الخصومة، وعند أبي يوسف: يوم الغصب، ....

المتقاربِ) أي: ما لا يتفاوت آحاده في القيمة: (يجبُ مثلُه)؛ لأن هذا الواجب ضمان جبرٍ، والجبرُ إنما يتحقق بإيجاب المثل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وردُّ العينِ هو الموجب الأصلي؛ لأنه أعدلُ وأكملُ، وردُّ القيمة أو المثلِ مَخلَص يصار إليه عند تعذُّر رد القيمة، ولهذا يُطالَب برد العين قبل الهلاك، ولو أتى بالقيمة أو المثل: لا يُعتَدُّ به؛ لكونه قاصرا.

وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بأن سلَّمه إليه بجهة أخرى؛ كما إذا وهَبه له أو أطعمه إياه فأكَلَه والمالك لا يدري أنه مِلكُه، وفي الإطعام خلاف الشافعي[1] كما في «شرح الكنز» للعيني[2][١٧٦/ب].

(فإن انقطَع المثلُ) عن أيدي الناس: (تجبُ قِيمتُه يوم الخصومة) والقضاء عند الإمام؛ لأن المثل نوعان؛

* كامل، وهو: المثل صورة ومعنى، فصار أصلا في ضمان العدوان.
* وقاصر، وهو: المثل معنى، هو القيمة.

والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل؛ لكونه خلفا عنه، ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء، ولذا لو صبر المالك إلى مجيء أوانه: كان له أن يُطالِب بالمثل الكامل، وبه قال مالك وأكثر الشافعية[3]، وهو الصحيح كما في «القهستاني» نقلا عن «التحفة»[4].

(وعند أبي يوسف: يوم الغصب)؛ لأن سبب الوجوب هو الغصب، فتعتبر قيمته يومه.

- للتمرتاشي (٢/٢٦٣/أ).

(١) «البيان» للعمراني (٧/٢٤).

(٢) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٣٢٤).

(٣) «المهذب» للشيرازي (٢/١٩٧)، و«الإشراف» لعلي بن نصر (٢/٦٣٠).

(٤) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٩١)، و«تحفة الفقهاء» للسمرقندي (٣/١٤٠)، و«المهذب» للشيرازي (٢/١٩٧)، و«الإشراف» لعلي بن نصر (٢/٦٣٠).

وعند محمد: يوم الانقطاع. وفي القِيَمي كالعددِي المُتفاوِتِ والبُرِّ المخلوطِ بالشعير: تجبُ قِيمتُه يوم الغصب إجماعا.

وفي «القهستاني»: هو أعدل الأقوال كما قال صدر الشريعة، وهو المختار على ما قال صاحب «النهاية»[١].

(**وعند محمد: يوم الانقطاع**)؛ لأنه صار الآن كالذي لا مثل له، وبه قال **أحمد وبعض الشافعية**[٢]، وبه أفتى كثير من المشايخ كما في «القهستاني»[٣].

وفيه كلام؛ لأن يوم الانقطاع على قول **محمد** لا ضبط له.

(**وفي القِيَمي كالعددِي المُتفاوِتِ**) كالثياب والحيوان، (و) المثلى المخلوط بخلاف جنسه نحو (**البُرِّ المخلوطِ بالشعير**)، والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالأواني المَصُوغة بحيث تُخرِجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة إلى أصله كالقُمْقُم والقِدْر والإِبْريق: (**تجبُ قِيمتُه يوم الغصب إجماعا**)؛ لأنه لا مثل له؛ لأن الصورة لمَّا تعذَّر اعتبارها لتفاوتها: اعْتُبِر المعنى وهو القيمة؛ دفعًا للضرر بقدر الإمكان.

وقال **مالك**: يضمن مثله صورة.

وفي «المنح»: كل مكيلٍ وموزونٍ مُشرِفٍ على الهلاك مضمونٌ بقيمته في ذلك الوقت؛ كسفينة موقورة أَخِذت في الغرق، وألقى الملاَّح ما فيها من المكيل والموزون في الماء: يَضمَن قيمتها ساعتئذ.

وفي «الصيرفية»: صَبَّ ماءً في طعام، فأفسده، وزاد في كيله: فله أن يضمنه قيمة الحنطة قبل أن يصب الماء فيه، وليس له أن يضمنه طعاما مثله، هذا إذا لم ينقله إلى مكان، فإن نقله: يضمن المثل؛ لأنه حينئذ غصبٌ، وهو مثلي يجب عليه المثل، بخلاف ما لو صبَّ الماء في الموضع الذي فيه الحنطة بغير نقلٍ[٤].

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٩١)، و«شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٥/٤٥)، و«النهاية» للسغناقي (٢/٣٣٠/ب).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/١٩٨)، و«المنح الشافيات» للبهوتي (٢/٤٩١).

(٣) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٩١)، و«المهذب» للشيرازي (٢/١٩٨)، و«المنح الشافيات» للبهوتي (٢/٤٩١).

(٤) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٦٣/أ).

فإن ادَّعَى الهلاكَ: حُبِسَ حتى يُعلَم أنه لو كان باقيًا: لَأظهَرَه، ثم يُقضَى عليه بالبدل.

والغصبُ إنما هو فيما يُنقَل. فلو غَصَبَ عَقارًا، فهَلَكَ في يده: ....

(**فإن ادَّعَى**) الغاصب (**الهلاكَ**) أي: هلاك المغصوب: (**حُبِسَ**) ذلك الغاصب إذا لم يرضَ المالك بالقيمة؛ فإنه مقِرٌّ بالغصب، فإذا أنكر: أقام عليه بينة، والصحيح: أنه تقبل البينة في حق الحبس كما في «القهستاني»[1] (**حتى يُعلَم**) ويظن بمضي مدةٍ موكولةٍ إلى رأي القاضي: (**أنه**) أي: المغصوب (**لو كان باقيًا: لَأظهَرَه، ثم يُقضَى**) أي: يقضي الحاكم (**عليه**) أي: على الغاصب (**بالبدل**) أي: بدل المغصوب؛ أي: بالمثل في المثل، وبالقيمة في القيمي.

وفي «التنوير»: ولو ادَّعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد، وادَّعى المالك الهلاك عند الغاصب، وأقامَا البرهان: فبرهانُ الغاصب أولى، هذا عند محمد، وعند أبي يوسف: بينةُ المالك أولى[2].

وفي «المنح»: الغاصب أو المودع المتعدِّي إذا قال: «لا أعرف قيمة المغصوب» بعد هلاكه، والمالك يقول: «قيمتُه كذا درهما»، وهو لا يُصدِّقه ولا يُقِرُّ بشيء من القيمة ويقول: «لا أعرف قيمته»: فإنه يَحلِف على دعوى المدعي، فإن لم يحلف: يكون حكمُه حكمَ النكول؛ يحكم عليه بعد العرض ثلاثا.

ولو قال المغصوب منه: «كانت قيمة ثوبه مائة»: فالقولُ قول الغاصب مع يمينه، ويُجبَر على البيان؛ لأنه أقرَّ بقيمة مجهولة، فإذا لم يُبيِّن: يَحلِف على ما يدَّعي المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف: يحلف المغصوب منه أيضا: «أن قيمة ثوبه مائة»، ويأخذ من الغاصب، فإذا أخذ ثم ظهَر الثوب: كان الغاصب بالخيار؛ إن شاء: رَضِي بالثوب، وسلَّم القيمة للمغصوب منه، وإن شاء: ردَّ الثوب، وأخذ القيمة[3][١٧٧/أ].

(**والغصبُ إنما هو فيما يُنقَل**)؛ لأنه إزالة يد المالك بإثبات يده، وذلك يُتصوَّر في المنقول.

ثم فرَّع عليه بقوله:

(**فلو غَصَبَ عَقارًا**)، هو: ما له أصل وقرار كالضيعة والدار، (**فهَلَكَ في يده**) بأن غلب

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٩١).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠٠).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٦٣/أ-٢٦٣/ب).

لا يَضمَن، خلافا لمحمد. وما نَقَصَ منه بفعلِه كسُكْناه وزَرعِه: ضَمِنَه. ويَأخُذ رأسَ مالِه، ويَتصدَّق بالفضل، ....

السيل على الأرض، أو هدَم البناء بآفة سماوية: (لا يَضمَن) عند الشيخين؛ لانتفاء الشرط هو النقل، بل يردُّ؛ لِما مرَّ: أن الغصب إزالة اليد بفعل في العين، وهو لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك تزول عنه بإخراجه، وهو فعل فيه لا في العقار، فصار كما إذا بعَّد المالك عن المواشي حتى تلف: لا يضمن؛ لأن منع المالك بالتبعيد فعلٌ فيه لا في المواشي.

(خلافا لمحمد)؛ فإن عنده يجري الغصب في العقار؛ لأن إزالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل.

وبقوله قال أبو يوسف أولا وزفر، وهو قول الأئمة الثلاثة[١]، وبه يفتى في الوقف كما في «شرح الكنز» للعيني وغيره[٢].

وفي «المنح»: الفتوى في غصب العقار والدُّور الموقوفة بالضمان.

وقال الأُسْرُوشَني وعماد الدين في «فصوله»: والأصح أنه -أي: العقار- يُضمَن بالبيع والتسليم، وبالجحود في الوديعة؛ أي: إذا كان العقار وديعة عنده، فجحده: كان ضامنا بالاتفاق، وبالرجوع عن الشهادة بأن شَهِدَا على رجل بالدار، ثم رجعا بعد القضاء: ضَمِنا[٣].

(وما نَقَصَ منه) من العقار (بفعلِه كسُكْناه) أي: سكنى الغاصب في الدار المغصوبة، (وزَرعِه) في الأرض المغصوبة: (ضَمِنَه) أي: النقصان بالإجماع كما في النقلي؛ لأن ذلك إتلاف وإهلاك، والعقارُ يُضمَن به، ولا يشترط للضمان الإتلاف في يده.

قيل في تفسير النقصان: إنه يَنظر بكَمْ تُستأجَر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده؟

وقيل: بل يَنظر بكَمْ تُباع قبل الاستعمال، وبكَمْ تُباع بعده؟ فيَضمن تفاوُت ما بينهما من النقصان.

وقال العيني وغيره: وهو الأقيس.

(ويَأخُذ) الغاصب (رأسَ مالِه)، وهو: البَذْر، وما غَرِم من النقصان، وما أنفق على الزرع، (ويَتصدَّق بالفضل) عند الطرفين، حتى: إذا غصب أرضا، فزرَعها كُرَّيْن، فأخرجت

---

(١) «الذخيرة» للقرافي (٢٥٧/٨)، و«البيان» للعرماني (٩/٧)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (٣٧٤/٥).

(٢) «رمز الحقائق» للعيني (٣٢٤/٢)، و«لسان الحكام» لابن شحنة (ص: ٣٥٤).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢٦٣/٢/ب).

وعند أبي يوسف: لا يَتصدَّق به. وكذا لو استغَلَّ العبدَ المغصوبَ فنَقَصَه الاستغلال، أو آجَرَ المُستعارَ ونَقَصَ: ضَمِنَ النقصان، وما فَضَلَ من الغَلَّة والأجرةِ: تَصدَّقَ به، خلافا له.

وإن تَصرَّفَ في الغصبِ أو الوديعةِ، فرَبِحَ وهما يَتعيَّنان بالتعيين: تَصدَّقَ بالربح، خلافا له أيضا. وإن كانَا لا يَتعيَّنان؛ فإن أشارَ إليهما ونَقَدَهما: فكذلك، وإن أشارَ إلى غيرِهما ونَقَدَهما، أو أشارَ إليهما ونَقَدَ غيرَهما، ....

ثمانية أَكْرار، ولَحِقه من المُؤنة قدرُ كُرٍّ، ونقَصها قدرُ كرٍّ: فإنه يأخذ منه أربعة أكرار، ويتصدق بالباقي.

(**وعند أبي يوسف: لا يَتصدَّق به**) أي: بالباقي؛ لأن الزيادة حصلت في ضمانه وملكه؛ لأن ما ضمن من الفائت يملكه بالضمان.

ولهما: أنه صار ملكا له ملكا خبيثًا وحرامًا لِخُبث السبب وهو: التصرف في ملك الغير، فيكون سبيله التصدُّقَ.

(**وكذا لو استغَلَّ العبدَ المغصوبَ**) أي: لو آجَر العبدَ المغصوب، وأخَذ غَلَّته، (**فنَقَصَه الاستغلال، أو آجَرَ**) المستعيرُ (**المُستعارَ ونَقَصَ: ضَمِنَ**[1] **النقصان**)؛ لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه، فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذَّر ردُّه من أجزائه كُلاًّ أو بعضًا، (**وما فَضَلَ من الغَلَّة والأجرةِ: تَصدَّقَ به**) عند الطرفين، (**خلافا له**) أي: **لأبي يوسف**؛ لِما ذكرنا آنفا.

(**وإن تَصرَّفَ في الغصبِ أو الوديعةِ، فرَبِحَ وهما يَتعيَّنان بالتعيين**) كالعروض ونحوها: (**تَصدَّقَ بالربح**)، ولا يطيب له عند **الطرفين**، (**خلافا له**) أي: **لأبي يوسف** (**أيضا**) أي: كخلافه في المسألة التي قبلها.

(**وإن كانَا**) أي: المغصوب أو الوديعة (**لا يَتعيَّنان**) كالنقدين: فقد قال الكرخي على أربعة أوجه ذكَرها المصنف بقوله:

* (**فإن أشارَ**) المتصرف (**إليهما**) أي: إلى دراهم الغصب أو الوديعة، (**ونَقَدَهما: فكذلك**) لا يطيب له الربح، ويتصدق به عندهما، خلافا له.

* (**وإن أشارَ إلى غيرِهما ونَقَدَهما**) أي: دراهم الغصب أو الوديعة[١٧٧/ب].

* (**أو أشارَ إليهما ونَقَدَ غيرَهما**).

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يضمن».

أو أَطلَقَ ونَقَدَهما: طابَ له الربحُ اتفاقا. قيل: وبه يُفتَى. والمختارُ: أنه لا يَطِيب مطلقًا.

ولو اشتَرَى بألِفِ الغصبِ أو الوديعةِ جاريةً تَعدِل ألفَيْن فوَهَبَها، أو طعامًا فأَكَلَه: لا يَتصدَّق بشيء.

فصل: وإن غَيَّرَ ما غَصَبَه، فزالَ اسمُه ....

---

* (أو أَطلَقَ) إطلاقا، ولم يشر إليهما ولا إلى غيرهما، بل قال: «اشتريت بدرهم»، (و) لكن (نَقَدَهما) أي: دراهم الغصب أو الوديعة: (طابَ له الربحُ اتفاقا).

(قيل: وبه) أي: بعدم الطِّيب في الأولى، وبالطيب في الصُّوَر الثلاث الباقية (يُفتَى).

قائله: صاحب «الوقاية» موافقا لما في «المحيط» حيث قال: الفتوى على قول الكرخي لكثرة الحرام؛ دفعا للحرج عن الناس في هذا الزمان، وهذا قول الصدر الشهيد[1].

وفي «الدرر»: وبه كان يفتي الإمام أبو الليث[2].

(والمختارُ) عند مشايخنا: (أنه لا يَطِيب مطلقًا)، يعني: في الصُّوَر كلِّها؛ لإطلاق «المبسوط» و«الجامعين»[3].

(ولو اشتَرَى بألِفِ الغصبِ أو الوديعةِ جاريةً تَعدِل ألفَيْن فوَهَبَها، أو طعامًا فأَكَلَه: لا يَتصدَّق بشيء)، وهذا قولهم جميعا؛ لأن الربح إنما يَتبيَّن عند اتحاد الجنس كما في «الهداية»[4].

(فصل)

[في بيان تغيير الغاصب ما غصَبه بالتصرُّف فيه]

(وإن غَيَّرَ ما غَصَبَه) بالتصرف فيه؛ احتراز عما: إذا تغيَّر بغير فعله بأن صار العنب -مثلا- زبيبا بنفسه أو الرطب تمرا: فالمالك يُخيَّر؛ إن شاء: يأخذه، وإن شاء: يتركه، ويضمنه، (فزالَ) بذلك التغيير (اسمُه) أي: اسم المغصوب؛ احتراز عما: إذا غصَب شاة، فذبحها فقط:

---

(١) «الوقاية» لبرهان الشريعة (ص: ١٦٤)، و«المحيط البرهاني» لابن مازة (٤٩٩/٥).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢٦٤/٢).

(٣) «الجامع الصغير» (ص: ٢٢٨)، و«الجامع الكبير» (ص: ٧٧)، و«الأصل» (٢١٩/٤)؛ كلها للإمام محمد.

(٤) «الهداية» للمرغيناني (٢٩٩/٤).

وأعظمُ مَنافعِه: ضَمِنَه، ومَلَكَه. ....

فإنَّ ملك مالكِها لم يزل بالذبح المجرد إذا لم يزل اسمها به حيث يقال: «شاة مذبوحة»، لكن أُورِد على ذلك بقولهم: «شاة مَشوِيَّة» مع أنها تخالف المذبوحة في الحكم، (**وأعظمُ**[1] **مَنافِعِه**) أي: أكثرُ مقاصدِه؛ احتراز عن دراهم[2]، فسبَكها بلا ضرب؛ فإنه وإن زال اسمه لكن يبقى أعظم منافعه، ولذا لا ينقطع حق الملك عنه كما في «المحيط» وغيره[3]، فلم يكن زوال الاسم مُغنِيا عن أعظم المنافع كما في «القهستاني»[4].

فعلى هذا أن ما قال صاحب «الدرر» من: أنه لم يقل: «وأعظم منافعه»؛ لأن من قاله: قصَد تناوُله الحنطةَ إذا غصَبها وطحَنها؛ فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلِها هَرِيسة ونحوها يزول بالطحن، ولا حاجة إليه؛ لأن قوله: «زال اسمه» مُغنٍ عنه؛ لأنه يلزمه[5]: ليس بسديد، بل هو عدم اطلاع ما قررنا نقلا عن «المحيط» وغيره، تدبَّرْ.

(**ضَمِنَه**) أي: الغاصبُ المغصوبَ، (**ومَلَكَه**) بتقرُّر الضمان على الغاصب كما هو المتبادر، وإليه ذهب بعض المتقدمين.

وقال بعض المتأخرين: إن سبب الملك الغصبُ عند أداء الضمان، فلو أبى المالك عن أخذ القيمة، وأراد أخذ المغيَّر: لم يكن له ذلك كما في «النهاية»[6]، لكن حكى عن الإمام مفتي الثقلين: أن الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب أصحابنا: أنه لا يملك إلا عند تراضي الخصمين بالضمان أو قضاء القاضي به أو أداء البدل كما في «القهستاني» نقلا عن «الذخيرة»[7].

وعند **الشافعي** في القول الأظهر: لا ينقطع حق المالك[8]، وهو رواية عن **أبي يوسف** غير أنه إذا اختار أخذ العين: لا يضمن النقصان عنده في الأموال الرِّبَوِية، وعند **الشافعي**

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «عِظَم».

(٢) في الأصل: «دارهم»، وهو سبق القلم، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٥٧٥/٢).

(٣) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٤٦٩/٥)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٣٦٤/٢/ب).

(٤) «جامع الرموز» للقهستاني (٩٣/٢).

(٥) «درر الحكام» لملا خسرو (٢٦٥/٢).

(٦) «النهاية» للسغناقي (٣٣٣/٢/أ).

(٧) «جامع الرموز» للقهستاني (٩٣/٢)، و«فتاوى الذخيرة» لابن مازة (٨١/٨).

(٨) «الحاوي الكبير» للماوردي (١٩٤/٧).

ولا يَحِلُّ انتفاعُه به قبلَ أداءِ الضمانِ؛ كشاةٍ ذَبَحَها وطَبَخَها أو شَوَاها أو قَطَّعَها، وبُرٍّ طَحَنَه أو زَرَعَه، ودقيقٍ خَبَزَه، وعنبٍ أو زيتونٍ عَصَرَه، وقُطنٍ غَزَلَه، وغَزْلٍ نَسَجَه، وحديدٍ جَعَلَه سيفًا، وصُفرٍ جَعَلَه آنيةً، وساجةٍ أو لَبِنةٍ بَنَى عليها.

يضمنه[1].

(ولا يَحِلُّ انتفاعُه) أي: انتفاع الغاصب (به) أي: بالمغصوب المغيَّر (قبلَ أداءِ الضمانِ) استحسانا.

والقياس: الحل، وهو رواية عن الإمام وقول الحسن وقولِ زفر؛ لأن ملكه ثبت بكسبه، والملك مبيح للتصرف، ولهذا لو وهَبه أو باعه: صحَّ.

وجه الاستحسان: أن في إباحة الانتفاع به قبل الأداء فتحا لباب الغصب، فيحرم الانتفاع، لكن جاز للغاصب بيعُه وهبتُه؛ لأنه مملوكٌ له بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد.

(كشاةٍ ذَبَحَها وطَبَخَها أو شَوَاها أو قَطَّعَها، وبُرٍّ طَحَنَه أو زَرَعَه، ودقيقٍ خَبَزَه، وعنبٍ أو زيتونٍ عَصَرَه) -قيدٌ لـ«العنب» و«الزيتون»-، (وقُطنٍ غَزَلَه، وغَزْلٍ نَسَجَه، وحديدٍ جَعَلَه سيفًا، وصُفرٍ جَعَلَه آنيةً، وساجةٍ) -بالجيم، وهو مفرد: «ساج»، وهو: شجر عظيم صُلبٌ قويٌّ يَنبت ببلاد الهند، وهي من أعز الأشجار، ويستعمل في بناء الدور وأبوابها وأساسها-، وأما إذا بنى عليها: فلا ينقطع حق المالك؛ لأنه متعدٍّ في البناء عليها، والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء، فيُهدَم للرد كما إذا بنى في الأرض المغصوبة[١٧٨/أ]، (أو لَبِنةٍ بَنَى عليها).

وهذه الأشياء تمثيلات للأعيان المغصوبة المتغيِّرة بفعل الغاصب؛ تغيُّرُها ظاهر فيما عدا الساجة، وأما تغيُّرها فيها: فلأنها كانت نقلية، والآن صارت من العقار، ولهذا استُحِقَّ بالشفعة، فيكون هالكا من وجه ومتغيِّرا من وجه، والتغيُّرُ يوجب انقطاع حق المالك، وهو يملكها بهذه التصرفات عندنا، خلافا للشافعي، وهو يُضمِّنه النقصان[2].

وفي «الذخيرة»: إنما يزول الملك عن الساجة إذا كانت قيمتها أقلَّ من قيمة البناء، وأما إذا كانت أكثرَ منها: فلا تَزول عن ملكه كما في «شرح المجمع»[3].

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (١٩٥/٧).

(٢) «البيان» للعمراني (٥٨/٧).

(٣) «شرح مجمع البحرين» لابن ملك (ص: ٤٢٩)، و«فتاوى الذخيرة» لابن مازة (٢١/٨).

وإن جَعَلَ الفضَّة أو الذَّهب دراهمَ أو الدنانيرَ أو آنيةً: لا يَملِكه، وهو لمالكِه بلا شيء. وعندهما: يَملِكه الغاصبُ، وعليه مثلُه.

فإن ذَبَحَ الشاة؛ فالمالكُ إن شاء: طَرَحَها عليه وضَمَّنَ قِيمتَها، أو أَخَذَها وضَمَّنَه نقصانها. وكذا لو قَطَعَ يدها، أو قَطَعَ طرفَ دابةٍ غيرِ مأكولةٍ، ....

(**وإن جَعَلَ الفضَّة أو الذَّهب دراهمَ أو الدنانيرَ أو**) جعل الفضة أو الذهب (**آنيةً: لا يَملِكه**) أي: المجعولَ، (**وهو لمالكِه بلا شيء**) في مقابلة الجعل عند **الإمام**؛ لأن الجودة والصنعة في الأموال الرِّبَوية عند مقابلتها بجنسها لا قيمة لها، ولهذا لو غصَب حُلِيًّا، فكسَره، ثم ردَّه إلى مالكه: لا يضمن.

(**وعندهما: يَملِكه الغاصبُ، وعليه**) أي: على الغاصب (**مثلُه**) أي: مثل الذهب والفضة؛ لتبدُّل الاسم بالصنعة.

(**فإن ذَبَحَ**) الغاصب (**الشاة**) بغير إذنه: (**فالمالكُ**) يُخيَّر؛ (**إن شاء: طَرَحَها**) أي: الشاة (**عليه**) أي: على الغاصب، (**وضَمَّنَ قِيمتَها**) أي: الشاة المذبوحة، (**أو أَخَذَها**) أي: الشاة، (**وضَمَّنَه نقصانها**) أي: الشاة بذبحها؛ لوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون بعض إذ لحمُها منتفع به.

وروى الحسن عن **الإمام**: أنه ليس أن يُضمِّنه النقصان إذا أخذ اللحم؛ لأن الذبح والسَّلْخ زيادةٌ فيها.

والأول هو الظاهر.

(**وكذا لو قَطَعَ يدها**) أي: الشاةِ؛ لأن قطع اليد أو الرجل كالذبح في الحكم: فله الخيار المذكور في الذبح، (**أو قَطَعَ طرفَ دابةٍ غيرِ مأكولةٍ**).

وظاهر كلام المصنف: أنه يُخيَّر فيه أيضا بين تضمين جميع قيمتها وتركِها له وبين تضمين نقصانها، لكن ما في أكثر الكتب المعتبرات يُخالِف ظاهرَه؛ لأنهم قالوا: لو كانت الدابة غير مأكولة اللحم: يَضمن قاطعُ الطرف جميعَ قيمتها؛ لأنه استهلاكٌ من كل وجه، بخلاف قطعِ طرف العبد حيث يَضمنه نصف قيمته مع أخذه[1]، انتهى.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٢٨)، و«الجوهرة النيرة» لأبي بكر الحداد الزبيدي (١/٣٣٤)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٦٥).

أو خَرَقَ الثوب خرقًا فاحشًا يُفوِّت بعضَ العينِ وبعضَ نفعِه، ....

وفي «الفرائد» تفصيل، وحاصله: أن العلماء اختلفوا، ففرَّق بعضهم بين مأكول اللحم وغيرِ مأكول اللحم كما في «الهداية» و«مختار الفتاوى» وشروح «الكنز» و«الدرر» وغيرها، وبعضهم سوَّى بينهما، والمصنف اختار التسوية بينهما، فلهذا قال: «أو قطع طرف دابة غير مأكولة» معطوفا على ما قبله[1]، انتهى.

لكن التسوية على قول محمد فقط؛ لِما في «الخانية»:

* ولو ذبح حمار غيره: ليس له أن يضمنه النقصان في قول الإمام، ولكن يضمنه جميع القيمة، وعلى قول محمد: إن ذبح حمار غيره: فللمالك أن يمسك الحمار، ويُضمِّنه النقصان، وإن شاء: ضمَّنه كل القيمة، فلا يُمسِك المذبوح.

* وإن قتله قتلا: فليس أن يُضمِّنه النقصان، وقال محمد: إن كان له قيمة بعد قطع اليد والرجل؛ فإن شاء: ضمَّنه جميع القيمة، وإن شاء: أمسك الدابة، ويُضمِّن النقصان، والاعتماد على قول الإمام[2]، انتهى.

فعلى هذا أن ما قال صاحب «الفرائد» ليس بشيء، بل الصواب أن يقال: إن مراد المصنف من «قطَع طرف دابة غير مأكولة» الدابةُ التي يمكن الانتفاع بما بقي قيمة؛ لِما في «النهاية» نقلا عن «النوادر»: إذا قطع أُذُن الدابة أو ذَنَبها: يَضمن النقصان[3]، فلهذا قال: «من قطع طرف دابة غير مأكولة»، ولم يقل: «يد دابة أو رجلها»، وكذا يضمن النقصان لو قال صاحب الدابة: «إني أُضمِّنه النقصان» ولو سلَّم الجلد إليه إن كان لجلدها ثمنٌ، تتبَّع.

(**أو خَرَقَ الثوب**) أي: يُخيَّر أيضا لو خرَق ثوب الغير (**خرقًا فاحشًا يُفوِّت**[4]) -الجملة صفة «خرقا»- (**بعضَ العينِ وبعضَ نفعِه**) لا كلِّه؛ لأنه لو فوَّت كلَّ النفع: ضمنه كلَّ القيمة، هذا تفسير «الخرق الفاحش» على الصحيح.

وفي «التبيين»: والصحيح: أن «الفاحش»: ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة،

---

(١) «الفرائد» للسواسي (٦٢٤/أ-٦٢٤/ب)، و«الهداية» للمرغيناني (٣٠٠/٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٢٨/٥)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢٦٥/٢).

(٢) «الخانية» لقاضي خان (١٠٩/٣).

(٣) «النهاية» للسغناقي (٣٣٢/٢/ب).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فوت».

وفي يسيرٍ نَقَصَه ولم يُفوِّت شيئا من النفع: يَضمَن نقصانه.

ولو بَنَى في أرضِ غيرِه أو غَرَس: أُمِرَ بالقلعِ والردِّ. ....

ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، و«اليسيرُ»: ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه نقصان في المنفعة[1].

وفي «النهاية»: أن «الفاحش» هو: المستأصل للثوب، وهو: أن يجعل الثوب لا يصلح إلا للخرق، ولا يرغب في شرائه، وعزاه إلى الحلواني.

قلت: وفي «المجتبى»: والصحيح ما حدَّه محمد له، وهو: أن يَفوت بعض العين وجنسٌ من منافعه، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة.

وقيل: يرجع في ذلك إلى الخياطين. وقيل: إن كان طولا: ففاحش، وإن كان عرضا: فيسير. والكل في «المنح»[2].

(وفي) خرقٍ (يسيرٍ نَقَصَه) أي: نقص الخرقُ الثوبَ، -والجملة صفة: «يسير»- (ولم يُفوِّت شيئا من النفع: يَضمَن) الخارق (نقصانه)، يعني: مع أخذِ عينه، وليس له غير ذلك؛ لأن العين قائمة من كل وجه، وإنما دخله عيبٌ، فنقص لذلك، فكان له أن يُضمِّنه النقصان[١٧٨/ب].

(ولو[3] بَنَى) رجل (في أرضِ غيرِه أو غَرَس) فيها شجرا: (أُمِرَ) الباني والغارس (بالقلعِ) في ظاهر الرواية[4] (والردِّ) أي: ردِّ الأرض إلى المالك؛ لقوله ﷺ: «**ليس لعِرقٍ ظالمٍ حقٌّ**»[5]؛ أي: لذي عرقٍ ظالمٍ.

وصَف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال: «صام نهاره، وقام ليله» إذا كانت الأرض لا تنقص بالقلع.

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٢٩).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٦٥/ب)، و«النهاية» للسغناقي (٢/٣٣٣/أ).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ومن».

(٤) «الأصل» للإمام محمد (٩/٢٥٠).

(٥) ذكره البخاري في «صحيحه» معلقا (٣/١٠٦)، وأخرجه الترمذي في سننه (١٣٧٨)، وأبو داود في «سننه» (٣٠٧٣)، والإمام مالك في «الموطأ» (٢/٤٦٦/٢٨٩٣)، والطيالسي في «مسنده» (٣/٥٥/١٥٤٣).

وإن كانت تَنقُص بالقلع: فللمالكِ أن يَضمَن له قِيمتَهما مأمورًا بقلعِهما، فتُقوَّم الأرض بلا شجرٍ أو بناءٍ، وتُقوَّم مع أحدهما مُستحِقَّ القلعِ، فيَضمَن الفضلَ.

وإن صَبَغَ الثوبَ أحمَرَ أو أصفَرَ، أو لَتَّ السويقَ بسَمنٍ: فالمالكُ إن شاء: ضَمَّنَه قِيمةَ ثوبِه أبيَضَ ومثلَ سويقِه، ....

(**وإن كانت تَنقُص بالقلع: فللمالكِ أن يَضمَن له**) أي: للغاصب (**قِيمتَهما**) أي: قيمة البناء والغرس (**مأمورًا بقلعِهما**)؛ لأن فيه دفعَ الضرر عنهما، وإنما يَضمن قيمته مقلوعا؛ لأنه مستحق القلع.

ثم بيَّن طريق معرفة قيمتهما بقوله:

(**فتُقوَّم الأرض بلا شجرٍ أو بناءٍ**) بمائة -مثلا-، (**وتُقوَّم مع أحدهما**) بمائة وعشرة حال كونه (**مُستحِقَّ القلعِ**)، فحينئذ ينقص منها أجرة القلع هي درهم، فيبقى مائة وتسعة دراهم[1]، (**فيَضمَن**) المالك (**الفضلَ**) هو التسعة.

قال المشايخ: هذا إذا كانت قيمة البناء أو الغرس أقلَّ من قيمة الأرض، وأما إذا كانت قيمة البناء أو الغرس أكثرَ من قيمة الأرض: فلا يقال للغاصب: «اقْلَع البناء» أو «... الغرس»، ورُدَّ الأرض بل يَضمن قيمة الأرض فيملكها بالضمان، وبه يُفتِي بعض المتأخرين، لكن ظاهر الرواية ما ذُكِر في المتن، وبه يُفتِي البعض[2] في زماننا؛ سدًّا لباب الظلم.

هذا إذا كانت الأرض ملكا، أما إذا كانت وقفا: فيؤمر بالقلع والرد مطلقا.

وفي «التبيين»: وعلى هذا: لو ابتلعَتْ دجاجةٌ لؤلؤةً: يُنظَر أيهما أكثر قيمة، فلصاحبه أن يأخذ ويضمنَ قيمة الآخر، وعلى هذا التفصيل: لو أدخل فَصِيل غيرِه في داره، وكَبِر فيها، ولا يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار، وعلى هذا التفصيل: لو أدخل البقر رأسه في قدر من النحاس، فتعذَّر إخراجه[3].

(**وإن صَبَغَ**) الغاصب (**الثوبَ**) الذي غصبه (**أحمَرَ أو أصفَرَ، أو لَتَّ السويقَ**) الذي غصَبه (**بسَمنٍ: فالمالكُ**) بالخيار؛ (**إن شاء: ضَمَّنَه**) أي: الغاصبَ (**قِيمةَ ثوبِه**) حال كونه (**أبيَضَ**) أي: أخذ قيمة ثوبٍ أبيضَ؛ لأنه متلَفٌ من وجه، (و) ضمَّنه (**مثلَ سويقِه**)؛ لكونه

---

(١) في الأصل: «دارهم»، وهو سبق القلم، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٧٦).

(٢) المراد من «البعض»: المولى أبو السعود. (داماد، منه).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٢٩).

أو أَخَذَهما وضَمِنَ ما زادَ الصبغُ والسمنُ.

وإن صَبَغَه أسوَدَ: ضَمَّنَه قِيمتَه أبيَضَ، أو أَخَذَه بلا ردِّ شيءٍ؛ لأنه نقصٌ. وعندهما: الأسوَدُ كغيره. وهو اختلافُ زمانٍ.

مثليا، وترَك ما غصَبه الغاصب له، (أو أَخَذَهما) أي: إن شاء: أخذ الثوب والسويق، (وضَمِنَ ما زادَ الصبغُ والسمنُ) في الثوب والسويق؛ لأن الصبغ مالٌ متقوّمٌ كالثوب، وبغَصْبه وصَبْغه لا يسقط حرمة ماله، ويجب صيانتهما ما أمكن، وذا في إيصال معنى مال أحدهما إليه وإيفاءِ حق الآخر في عين ماله، وهو فيما قلنا من التخيير إلا أنّا أثبتْنا الخيار لرب الثوب؛ لأنه صاحب أصلٍ والغاصبُ صاحب وصفٍ كما في «الدرر»[1].

وعند الشافعي: يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان، ويُسلِّمه، وإن انتقص قيمة الثوب بذلك: فعليه ضمان النقصان[2].

(وإن صَبَغَه) أي: الثوب (أسوَدَ: ضَمَّنَه) أي: المالك (قِيمتَه أبيَضَ، أو أَخَذَه بلا ردِّ شيءٍ؛ لأنه) أي: الصبغَ بالسواد (نقصٌ) عند الإمام.

(وعندهما: الأسوَدُ كغيره).

(وهو) أي: الاختلاف بين الإمام وبينهما (اختلافُ زمانٍ)؛ فإن بني أمية في زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد، وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد، فأجاب كلٌّ على ما شاهَده.

وفي «التنوير»:

* رَدَّ غاصبُ الغاصب المغصوبَ على الغاصب الأول: يبرأ عن ضمانه؛ كما لو هلك المغصوب في يد غاصب الغاصب، فأدى القيمة إلى الغاصب إذا كان قبضُه القيمةَ معروفا.

* غصَب شيئا، ثم غصَبه آخر منه، فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضَه من الثاني: له ذلك.

* الإجازةُ لا تلحق الإتلاف، فلو أتلف مال غيره تعدِّيًا، فقال المالك: «أجزتُ» أو «رضيت»: لم يبرأ من الضمان.

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢٦٦).

(٢) «البيان» للعمراني (٧/٥٥).

فصل: وإن غَيَّبَ ما غَصَبَه، وضَمِنَ قيمتَه: مَلَكَه مُستنِدًا إلى وقت الغصب، وتسلم له الأكسابُ دون الأولادِ.

والقولُ في القيمة للغاصب مع يمينِه إن لم يُبرهِن مالكُه على الزيادة.

---

* كسَر الغاصب الخشب فاحشا: لا يملكه، ولو كسره الموهوب له: لم ينقطع الرجوع(١)[١٧٩/أ].

(فصل)
في بيان مسائلَ تتَّصل بمسائل الغصب

(**وإن غَيَّبَ ما غَصَبَه**) أي: إن جعَل الغاصب المغصوبَ غائبا، (**وضَمِنَ قيمتَه**) للمالك: (**مَلَكَه**) أي: الغاصب المغصوبَ إن كان قابلا للنقل من ملكٍ إلى ملكٍ، هذا عندنا؛ لأن المالك ملَك البدل بكماله، فيَملك الغاصب المبدل، وإلا: يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملكِ شخصٍ واحدٍ، فلا توجد العدالة بل يقع الضرر، فيملك الغاصب المبدل كما ملَك المالك البدل؛ تحقيقا للعدالة بينهما، ودفعا للضرر، حتى: لو كان المغصوب قريب الغاصب: يعتق عليه بأداء الضمان عندنا.

وقال الشافعي: لا يملكه الغاصب؛ لأن الغصب محظور، فلا يصلح سببا للملك(٢).

(**مُستنِدًا إلى وقت الغصب**)، وكل شيء ثبَت مستندا: فهو ثابت من وجه دون وجه، فيكون ناقصا، فلا يظهر أثره في حق الأولاد، ويظهر في حق الأكساب، وعن هذا قال: (**وتسلم له الأكسابُ**)؛ للتبعية، (**دون الأولادِ**)؛ لأن تبعيَّتهم فوق تبعية الأكساب، ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب، ولا يكون أكسابهما مدبرا ومكاتبا.

(**والقولُ في القيمة**) عند اختلافهما فيها (**للغاصب مع يمينِه**)؛ لأنه منكر (**إن لم يُبرهِن مالكُه على الزيادة**) التي ادَّعاها، فإن أقيمت حجتها: وجبت تلك الزيادة، ولم يُعتبَر قول الغاصب حينئذ؛ لأن المالك أثبَته بالحجة الملزمة.

وفيه إشعار بأنه: لو لم يُقِم، وأقام الغاصب حجة القلة: لم تقبل، وهو الصحيح، بل يحلف على دعواه؛ لأن بيِّنتَه تنفي الزيادة، والبينةُ على النفي لا تُقبَل.

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠١).

(٢) «المهذب» للشيرازي (١٩٨/٢).

فإن ظَهَرَ وقيمتُه أكثرُ وقد ضَمِنَه بقول المالك أو ببرهانه أو بالنكول: فهو للغاصب، ولا خيارَ للمالك. وإن ضَمِنَه بقوله: فالمالكُ إن شاء: أَمضَى الضمان، أو أَخَذَه وردَّ عِوضَه.

وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه كالمودِع إذا ادَّعى رد الوديعة؛ فإن القول قوله، ولو أقام بينة على ذلك: قبلت.

وكان القاضي أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عُدَّت مشكلة، ومن المشايخ من فرَّق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة، وهو الصحيح كما في «النهاية» وغيرها[١].

وفي «المنح»: الغاصب أو المودِع المتعدي إذا قال: «لا أعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه»، والمالك يقول: «قيمته كذا درهما» وهو لا يصدقه ولا يقر بشيء من القيمة، ويقول: «لا أعرف قيمته»: فإنه يحلف على دعوى المدعي، فإن لم يحلف: يكون حكمه حكم النكول؟

وهل يشترط ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب أم لا؟ الأصح: عدم الاشتراط.

قال محمد في «الأصل»: إذا ادَّعى رجل على رجل: «أنه غصب منه جارية له»، وأقام على ذلك بينة: يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها أو يردَّها على صاحبها، وتمامه في «العناية»[٢]، فليراجع.

(**فإن ظَهَرَ**) المغصوبُ الغائبُ (**وقيمتُه أكثرُ**) أي: حال كون قيمته أكثرَ مما ضَمِن الغاصب به، (**و**) الحال أنه (**قد**[٣] **ضَمِنَه**) الغاصب (**بقول المالك أو ببرهانه أو بالنكول**) أي: بنكول الغاصب عن اليمين: (**فهو**) أي: المغصوب (**للغاصب، ولا خيارَ للمالك**)؛ لأنه رضي به؛ لادعائه هذا القدر، وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة بعد بيعه.

(**وإن ضَمِنَه**) الغاصب (**بقوله**) أي: بقول الغاصب مع يمينه: (**فالمالكُ**) بالخيار؛ (**إن شاء: أَمضَى الضمان**) أي: أجاز ضمانه بأن رضي بالبدل، وترَك المغصوب في يد الغاصب[١٧٩/ب]، (**أو**) إن شاء: (**أَخَذَه**) أي: المغصوب الظاهر من الغاصب، (**وردَّ عِوضَه**)

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/٣٢٥/أ)، و«الأصل» للإمام محمد (١٢/١٢٣).

(٢) «منح الغفار» للتمرتاشي (١/٣٦٨/أ-٣٦٨/ب)، و«العناية» للبابرتي (٩/٣٦٤)، و«الأصل» للإمام محمد (١٢/١٢٣).

(٣) في الأصل، ر، ن: «والحال أنه (وقد)»، والمثبت من ح، م، والمطبوع (٢/٥٧٧).

ولو بَرهَنَ كلٌّ من المالكِ والغاصبِ على الهلاك عند الآخر: فبيِّنةُ الغاصبِ أولى، خلافا لأبي يوسف.

ومن غَصَبَ عبدًا، فباعَه، فضَمِنَه: نَفَذَ بيعُه، وإن أَعتَقَ فضَمِنَه: لا يَنفُذ عِتقُه.

الذي أخَذه من الغاصب؛ لأنه لم يرضَ بزوال عينه بهذا المقدار؛ لادعاءه الزيادة، فيصير أخذه لضرورته عن إقامة البينة.

قال العيني وغيره: ولو ظهر المغصوب وقِيمتُه مثل ما ضَمِنه أو أقلَّ في هذه الصورة، وهي ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه: قال الكرخي: لا خيار له؛ لأنه توفَّر عليه ماليَّةُ ملكه بكماله، وفي ظاهر الرواية: يثبت له الخيار، وهو الأصح[1].

(**ولو بَرهَنَ كلٌّ من المالكِ والغاصبِ على الهلاك عند الآخر**) أي: لو أقام الغاصب البينة على: «أنه ردَّ المغصوب إلى المالك، فهلك عنده»، وأقام المالك بينة على: «أنه هلك عند الغاصب»: (**فبيِّنةُ الغاصبِ أولى**) عند محمد؛ لأن الضمان ثابت بنفس الغصب، فلا حاجة إلى إثباته، لكن الغاصب يدَّعي زواله والمالك ينكره، فبينة الغاصب يكون أولى.

وفي «المجمع»: وهذا ظاهر المذهب[2].

(**خلافا لأبي يوسف**)؛ فإن عنده بينة المالك أولى؛ لأنها مثبتة للضمان.

ولم ينقل عن الإمام شيء.

وفي «الجواهر»: ولو شهدوا: «أن الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده»، وشَهِد شهود الغاصب: «أنه مات في يد المالك»: لم تُسمَع بينة الغاصب.

وروي عن محمد في «الإملاء»: أن البينة بينة الغاصب، ولو أقام المالك البينة أن الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة، وأقام الغاصب البينة: «أنه كان يوم النحر بمكة هو أو العبد»: فالضمان واجب على الغاصب، ولو شهد أحدهما: «أنه غصب هذا العبد منه»، وشهد آخر على إقراره بالغصب: لم تُقبَل.

(**ومن غَصَبَ عبدًا، فباعَه**) أي: الغاصبُ المغصوبَ، (**فضَمِنَه**) المالكُ قيمته: (**نَفَذَ بيعُه**) أي: بيع الغاصب، (**وإن أَعتَقَ**[3]**، فضَمِنَه**) بعده: (**لا يَنفُذ عِتقُه**).

---

(١) «الجامع الصغير» للإمام محمد (ص: ٢٢٨).

(٢) «مجمع البحرين» لابن الساعاتي (ص: ٤٧٥)، و«الأصل» للإمام محمد (١٢/١٢٣).

(٣) هكذا في الأصل، ن، والمطبوع (٢/٥٧٧)، وفي ر، ح، م، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أعتقه».

وزوائدُ المغصوبِ غيرُ مضمونةٍ ما لم يَتعدَّ فيها أو يَمنَعها بعد طلبِ المالكِ إياها؛ سواءً كانت متَّصِلةً كالحُسْن والسِّمَن، أو مُنفصِلةً كالولد والثمر.

وإن نَقَصتِ الجاريةُ بالولادة في يدِ الغاصبِ: ضَمِنَ نقصانَها، ويُجبَر بقيمةِ الولدِ....

والفرق: أن ملك الغاصب ناقص؛ لأنه يثبت مستندا كما مرَّ، وهو يكفي لنفاذ البيع دون العتق، ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه.

(**وزوائدُ المغصوبِ غيرُ مضمونةٍ ما لم يَتعدَّ**) الغاصب (**فيها**) أي: في الزوائد، (**أو يَمنَعها بعد طلبِ المالكِ إياها**) أي: الزوائد؛ (**سواءً كانت متَّصِلةً كالحُسْن والسِّمَن، أو مُنفصِلةً كالولد والثمر**)؛ لأنها أمانة، وحكمها هذا.

وقال **الشافعي**: عليه الضمان مطلقا؛ لوجود حد الغصب؛ لِما مرَّ هو إثبات اليد المبطلة فحسب عنده[1].

ولنا: أن سبب الضمان إخراج العين من أن تكون منتفعا بها في حق المالك، ولم يوجد إلا إذا وجد ما يفوت حقه كالتعدي والمنع بعد الطلب، فحينئذ يتحقق حد الغصب؛ لأنه صار مزيلا على المالك يد التصرف والانتفاع، ويستثنى منه منافع غصب الوقف؛ فإنه تضمن، وعليه الفتوى كما في «القهستاني» نقلا عن «العمادي»[2].

(**وإن نَقَصتِ الجاريةُ بالولادة في يدِ الغاصبِ**) أي: إذا ولدت الجارية المغصوبة التي حَبِلت عند الغاصب ولدا، ونقَصت بالولادة: (**ضَمِنَ**) الغاصب (**نقصانَها**) أي: الجارية.

(**و**) لكن (**يُجبَر**) النقصان (**بقيمةِ الولدِ**).

قال **زفر** و**الشافعي**: لا يجبر النقصان بالولد؛ لأنه ملكه، فكيف يجبر ملكه بملكه؛ كما لو جزَّ صوف شاة الغير، ونبَت آخر: فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان، فيلزم عليه الضمان[3].

ولنا: أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة؛ لأنها أوجبت فوات جزء من مالية الأم وحدوث مالية الولد، فإذا صار مالا: انعدم ظهور النقصان به، فانتفى الضمان.

---

(١) «فتح العزيز» للرافعي (١١/٢٤٨).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٩٥).

(٣) «فتح العزيز» للرافعي (١١/٣٤٠).

أو بالغُرّة إن وَفَتْ.

ولو زَنَى بأَمةٍ غَصَبها، فرَدَّها حاملًا، فوَلَدتْ، فماتَتْ بها: ضَمِنَ قيمتَها يوم عُلوقِها، بخلاف الحُرّة. وعندهما: لا يَضمَن في الأمة أيضا. ولو رَدَّها محمومةً، فماتَتْ: لا يَضمَن.

(أو) يُجبَر (**بالغُرّة**[1])؛ لأنها كالولد؛ لكونها قائمة مقامه؛ لوجوبها بدلا عنه (**إن وَفَتْ**) -قيدٌ لـ«قيمة الولد» و«الغرة» معا-؛ أي: يجبر النقصان بقيمة الولد إن كان في قيمته وفاء ويسقط ضمانه عن الغاصب، وإن لم يكن وفاء به: يسقط بحسابه[١٨٠/أ].

وكذا يجبر النقصان بالغرة أن فيها وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب، وإن لم يكن وفاء: يسقط بحسابه أيضا.

(**ولو زَنَى**) الغاصب (**بأَمةٍ غَصَبَها**)، فحبلت، (**فرَدَّها**) أي: الأمة (**حاملًا، فوَلَدتْ، فماتَتْ**) عند المالك (**بها**) أي: بسبب الولادة في نفاسها: (**ضَمِنَ**) الغاصب (**قيمتَها يوم عُلوقِها**) عند **الإمام**؛ لأن ما انعقد فيها من العلوق هو سبب التلف، فلا يوجد الرد بعد ذلك على الوجه الذي غصبها كما إذا جنَتْ في يد الغاصب، وقُتِلت في يد المالك، (**بخلاف الحُرّة**)، يعني: لو أخذها مكرَهة، فزنى بها، فردَّها حاملا، فولدت وماتت: لا يضمن الغاصب ديتها؛ لأن الحرة لا تكون مضمونة بالغصب؛ ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد.

(**وعندهما: لا يَضمَن في الأمة أيضا**) أي: كالحرة، بل يضمن نقصان الحبَل، وهو قول **الأئمة الثلاثة**[2]؛ لأن سبب التلف هو الولادة في يد المالك بعد صحة الرد من الغاصب؛ لأن العيب لا يمنع صحة الرد ولكنها معيبة بالحبل، فيجب عليه نقصان العيب.

(**ولو رَدَّها محمومةً**) أي: لو غصب أمة فحُمَّتْ، ثم ردَّها محمومة، (**فماتَتْ: لا يَضمَن**) الغاصب إلا نقصان الحُمَّى **اتفاقا** كما في «البزازية» وغيرها[3]؛ لأن الموت يحصل بزوال القوى، وأنه يزول بترادُف الآلام، فلم يكن الموت حاصلا بسببٍ وُجِد في يد الغاصب، فيجب عليه قدرُ ما كان عنده دون الزيادة.

وفي «الجواهر»: إذا غصَب صبيًّا حرًّا من أهله، فمرض ومات في يده: فلا ضمان

---

(١) «الغرة»: نصف عشر دية الرجل، وهي: خمسمائة درهم لو كان الجنين ذكرا، وعشر دية المرأة لو كان أنثى، وهي أيضا: خمسمائة درهم كما في الديات. (داماد، منه).

(٢) «البيان» للعمراني (٦٧/٧)،و«المدونة» للإمام مالك (٤١٧٧)، و«مختصر الخرقي» (ص: ٧٧).

(٣) «الفتاوى البزازية» (٣٠١/٢)، و«بدائع الصنائع» للكاساني (١٥٧/٧).

وكذا لو زَنَتْ عنده، فرَدَّها، فجُلِدتْ، فماتَتْ منه.

ولا يَضمَن مَنافِع ما غَصَبَه؛ سواءٌ سَكَنَه أو عَطَّلَه إلا في الوقفِ، ....

عليه، وكذا إذا أصابه شيء من السماء، ولو عقره سبُعٌ أو نهَشته حية: فالغاصب ضامن، وفي نسخة: فعلى عاقلة الغاصب الدية.

(**وكذا لو زَنَتِ**) الأمة المغصوبة (**عنده**) أي: عند الغاصب، (**فرَدَّها**) أي: الأمة، (**فجُلِدتْ**) في يد المالك، (**فماتَتْ منه**) أي: من الجلد: لا يضمن الغاصب إلا نقصان الزنا؛ لأنه الحاصل عنده، لا سبب الموت وهو الجلد.

(**ولا يَضمَن**) الغاصب (**مَنافِع ما غَصَبَه؛ سواءٌ سَكَنَه**) أي: فيما غصبه، (**أو عَطَّلَه**) أي: جعله معطلا، هذا عندنا.

وعند **الشافعي** و**أحمد**: يضمن، فيجب أجر المثل؛ لأنها مالٌ متقوِّمٌ مضمونةٌ بالعقود كالأعيان[1].

وعند **مالك**: يضمن بالأجر في السكون لا في التعطيل[2].

ولنا: أن عمر وعليًا ﷺ حكمَا بوجوب قيمة ولد المغرور وحريَّته وردِّ الجارية مع عقرها على المالك[3]، ولم يَحكمَا بوجوب أجر منافع الجارية والأولاد مع علمها أن المستحق يطلب جميع حقه وأن المغرور كان يستخدمها مع الأولاد، ولو كان ذلك واجبا له: لمَا سكتَا عن بيانه بوجوبه عليهما، ولعدم المماثلة بين المنافع والدراهم؛ لانعدام البقاء في المنافع، فلا يكون تقوُّمها لذاتها بل لضرورة عند ورود العقد، ولا عقد هنا، وأما إذا انتقص بالاستعمال: فيضمن؛ لاستهلاكه بعض أجزاء العين.

(**إلا في الوقفِ**)، وكذا في مال اليتيم والمعَدِّ للاستغلال.

ذكر صدر القضاة[4]: وتصير الدار معَدَّة للاستئجار إذا بناها لذلك أو اشتراها لذلك

---

(١) «روضة الطالبين» للنووي (٥/٢٧)، و«المسائل الفقهية» لابن الفراء (١/٤١٦).

(٢) لم نجد هذه التفرقة في المصادر المالكية، والذي فيها هو المطلق، وانظر «المختصر الفقهي» لابن عرفة (٧/٢٥٦).

(٣) لم نجده في المصادر الحديثية، ولكن ذكره الزيلعي في «تبيين الحقائق» (٥/٢٣٤).

(٤) صدر القضاة الإمام العالم: تفقه، وطلب العلم على الأب، وله: «شرح الجامع الصغير». انظر «الجواهر المضية» للقرشي (٢/٣٧٦)، و«تاج التراجم» لابن قطلوبغا (ص: ٣٦٠)، و«سلم الوصول» =

ولا خمرَ المسلمِ أو خنزيرَه بالإتلاف، وضَمِنَ القيمةَ فيهما لو كانَا لذميٍّ. وإن أتلَفَ ذميٌّ خمرَ ذميٍّ: ضَمِنَ مثلَها. ولا ضمانَ بإتلافِ الميتةِ ولو لذميٍّ، ولا ....

أو تؤاجر ثلاث سنين على الولاء، ويشترط علم المستعمِل بكونها معَدَّة حتى يجبَ الأجر.

واستثنى صاحب «المنح»، فقال: إلا إذا سكَنها بتأويل ملكٍ أو عقدٍ؛ يعني: منافع المعَدّ للاستغلال مضمونةٌ في كل الأحوال إلا فيما ذكر من السكنى بتأويل ملك أو عقد كبيتٍ سكَنه أحد الشريكين، أما في الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بدون إذن الآخر؛ سواء كان موقوفا للسكنى أو للاستغلال: فإنه لا يجب الأجر، وأما السكنى بتأويل العقد: لِما تقدَّم عن «القنية» من سكنى المرتهن بتأويل عقد الرهن[1]، انتهى[١٨٠/ب].

(ولا) يَضمن أيضا (خمرَ المسلمِ أو خنزيرَه بالإتلاف)؛ سواء كان المتلِف مسلما أو ذميا؛ لعدم تقوُّمهما في حق المسلم، والعبرةُ لجانب المتلف عليه دون المتلف، (وضَمِنَ) المتلف (القيمةَ فيهما لو كانَا) أي: الخمر والخنزير (لذميٍّ)؛ لأنهما مالٌ في حقه، وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون.

وعند الشافعي: لا يضمن؛ لعدم التقوُّم أيضا في حق الذمي؛ لكونه تابعا في الأحكام لنا[2].

(وإن أتلَفَ ذميٌّ خمرَ ذميٍّ: ضَمِنَ مثلَها)؛ لقدرته عليه، ولو أسلم الطالب بعدما قضي له بمثلها: فلا شيء على المطلوب؛ لأن الخمر في حقه ليست بمتقوِّمة، فكان بإسلامه مُبرِّئا له عما كان في ذمته من الخمر، وكذا لو أسلَمَا.

ولو أسلم المطلوب وحده، أو أسلم المطلوب ثم الطالب بعده: قال أبو يوسف: لا يجب عليه شيء، وهو رواية عن الإمام، وقال محمد: تجب عليه قيمة الخمر، وهو رواية عن الإمام أيضا.

وفي «التنوير»: بخلاف ما اشتراها -أي: الخمرَ- من الذمي وشَرِبها: فلا ضمان عليه[3].

(ولا ضمانَ بإتلافِ الميتةِ ولو) -وصلية- (لذميٍّ)؛ لأن أحدا لا يعتقد تمولها، (ولا)

= كاتب جلبي (٥/٨٧).

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٣٦٩/أ).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/٢٠٨) وفيه بعض التفاصيل، فانظره.

(٣) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠١).

بإتلافِ متروكِ التسميةِ عمدًا ولو لمن يُبيحه. وإن غَصَبَ خمرَ مسلمٍ، فخَلَّلَها بما لا قيمةَ له: أَخَذَها المالك بلا شيء. فلو أَتلَفَها الغاصب: ضَمِنَها، لا لو تَلِفتْ. وإن خَلَّلَ بإلقاءِ ملحٍ: مَلَكَها ولا شيءَ عليه، وعندهما: يَأخُذها المالك إن شاءَ، ويَرُدُّ قدرَ وزنِ الملحِ من الخلِّ. فلو أَتلَفَها الغاصب: لا يَضمَن، خلافا لهما. وإن خَلَّلَها بإلقاء خلٍّ: مَلَكَها، ولا شيءَ للمالك عند الإمام، وكذا عند محمد إن تَخلَّلتْ من ساعتِها، ....

ضمان (بإتلافِ متروكِ التسميةِ عمدًا ولو) -وصلية- (لمن يُبيحه) من المسلمين؛ لأن استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب[1]، والخصمُ مؤمن به، فتثبت ولاية المحاجَّة، فلا يجب على مُتلِفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن، ولا ينعقد صحيحا.

(وإن غَصَبَ خمرَ مسلمٍ، فخَلَّلَها) أي: صيَّرها خلاًّ (بما لا قيمةَ له) كالنقل من الشمس إلى الظل أو من الظل إلى الشمس: (أَخَذَها المالك بلا شيء)؛ لأن التخليل بما ذُكِر تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجِس، فلا يوجب المالية، فيبقى على ملك المغصوب منه، (فلو أَتلَفَها) أي: الخمر التي تصير خلا (الغاصب) قبل أن يَردَّها إلى المالك: (ضَمِنَها)؛ لأن المغصوب واجب الرد عليه، فإذا فوَّته عليه: وجب عليه قيمته خلفا عنه، (لا) يَضمن (لو تَلِفتْ) بلا صنعه؛ لأنه لم يوجد منه التفويت.

(وإن خَلَّلَ) الغاصب الخمر (بإلقاءِ ملحٍ) ذي قيمة ونحوه: (مَلَكَها) أي: الخمر التي تصير خلا، (ولا شيءَ) للمالك (عليه) أي: الغاصب عند الإمام؛ لأن الخمر لم تكن متقوِّمة والملحَ -مثلا- متقوم، فترجَّح جانب الغاصب، فيكون له بغير شيء.

(وعندهما: يَأخُذها المالك إن شاءَ، ويَرُدُّ قدرَ وزنِ الملحِ من الخلِّ)، هكذا ذكروه كأنهم اعتبروا الملح مائعا؛ لأنه يذوب، فيكون اختلاط المائع بالمائع، فيشتركان عندهما.

(فلو أَتلَفَها الغاصب: لا يَضمَن) عند الإمام.

(خلافا لهما)؛ لِما سيأتي في دبغ الجلد.

(وإن خَلَّلَها بإلقاء خلٍّ: مَلَكَها، ولا شيءَ للمالك عند الإمام) ولو بمرور الزمان؛ لأنه استهلك الخمر الغير المتقوِّمة في حق المسلم كما لو أراقها، والخلطُ استهلاك عنده.

(وكذا) ملكها الغاصب، ولا شيء للمالك (عند محمد إن تَخلَّلتْ من ساعتِها)؛ لأنه

---

(١) وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ٦]. (داماد، منه).

وإلا: فالخلُّ بينهما على قدرِ ملكِهما.

وإن غَصَبَ جلدَ ميتةٍ، فدَبَغَه بما لا قيمةَ له: أَخَذَه المالك بلا شيءٍ. فلو أَتلَفَه الغاصب: ضَمِنَ قيمتَه مدبوغًا، وقيل: طاهرًا غيرَ مدبوغٍ. وإن دَبَغَه بما له قيمةٌ: يَأخُذه المالك، ويَرُدُّ ما زادَ الدبغ ....

استهلاك، (**وإلا**) أي: وإن لم يتخلَّل من ساعتها بل بعد زمان: (**فالخلُّ بينهما على قدرِ ملكِهما**).

وفي «التبيين»: وعندهما: إن صارت خلا من ساعتها: فكما قال الإمام، وإن صارت بمرور الزمان: كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا؛ لأنه لم يستهلك الخمر، فيصير في التقدير كأنه خلَط الخل بالخل، والخلطُ ليس باستهلاك عند محمد وإن كان مائعا؛ لأن الجنس لا يهلك بجنسه.

وقيل: ظاهر الجواب فيها أنه يُقسَم بينهما على قدر حقهما؛ سواء صارت خلا من ساعتها أو بعد حين، أما عندهما: فلا يشكل؛ لأن الخلط ليس باستهلاك، وكذا عند الإمام؛ لأن الخلط إنما يوجب زوال الملك إذا كان يوجب الضمان، وهنا قد تعذَّر وجوب الضمان؛ لأن خمر المسلم لا يضمن بإتلاف، فصار كما إذا اختلط بنفسه من غير صنعه، ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية: ينبغي أن يجب عليه الضمان إجماعا كما في «النهاية»[(١)]، انتهى [١٨١/أ].

(**وإن غَصَبَ جلدَ ميتةٍ، فدَبَغَه بما لا قيمةَ له**) كالتراب والشمس: (**أَخَذَه المالك بلا شيءٍ**)؛ إذ ليس فيه مالٌ متقوِّمٌ للغاصب، وكانت الدباغة إظهارا للمالية والتقوُّم، فصارت كغسل الثوب.

(**فلو أَتلَفَه الغاصب: ضَمِنَ قيمتَه مدبوغًا**) اتفاقا.

(**وقيل: طاهرًا غيرَ مدبوغٍ**)؛ لأن وصف الدباغة هو الذي حصَّله، فلا يَضمنه وجه الأول، وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد، فلا تفرَّد عنه، وإذا صار الأصل مضمونا عليه: فكذا صفته.

(**وإن دَبَغَه**) أي: الغاصب الجلد المصبوغ (**بما له قيمةٌ**) كالعَفْص والقَرَظ: (**يَأخُذه المالك، ويَرُدُّ ما زادَ الدبغ**)؛ لأنه بهذا الدباغ اتَّصل بالجلد مالٌ متقوِّمٌ، فيأخذ الجلد ويُعطي

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٣٧)، و«النهاية» للسغناقي (٢/٣٣٦/أ).

بأن يُقوَّم مدبوغًا وذكيًا غيرَ مدبوغٍ، ويَرُدُّ فضلَ ما بينهما. وللغاصب أن يَحبِسه حتى يَستوفِي حقَّه. وإن أَتلَفَه: لا يَضمَن، وعندهما: يَضمَنه مدبوغًا إلا قدْرَ ما زادَ الدبغ، ولو تَلِفَ: لا يَضمَن اتفاقا.

ومن كَسَرَ لمسلمٍ بَرْبَطًا أو طَبْلًا أو مِزمارًا أو دُفًا، أو أراقَ له سَكَرًا أو مُنصَّفا: ضَمِنَ قيمتَه لغيرِ اللهوِ، ....

ما زاد الدباغ فيه، وطريقُ معرفته ما ذكره بقوله: (**بأن يُقوَّم مدبوغًا وذكيًا غيرَ مدبوغٍ، ويَرُدُّ**) المالك إلى الغاصب (**فضلَ ما بينهما**) كما في الثوب المصبوغ.

(**وللغاصب أن يَحبِسه**) أي: الجلد (**حتى يَستوفِي حقَّه**)؛ لأن فعل الغاصب متقوِّم؛ لاستعماله مالا متقوما فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجُعْل.

(**وإن أَتلَفَه**) أي: الغاصب الجلد المدبوغ بما له قيمة: (**لا يَضمَن**[1]) عند **الإمام**؛ لأن تقوُّم الجلد المذكور قد حصل بمال الغاصب وصنعه، فقام حقه فيه، ولذا كان أن يحبسه حتى يستوفي ما زاده الدباغ؛ لِما مرَّ: أن صنعته متقوِّمة؛ لإنفاقه فيه مالا متقوما، فصار الجلد تابعا لها في حق التقوُّم؛ لأنه لم يكن متقوِّما قبل الدباغة، ثم الأصل -وهو: الصنعة أو المال- غير مضمونة عليه بالإتلاف، فكذا التابع غير مضمون من غير صنعة.

وفي الباقاني على صدر الشريعة في هذا المحل كلام[2]، لكن دفَعه ابن الشيخ في «شرح الوقاية»، فليراجع.

(**وعندهما: يَضمَنه مدبوغًا إلا قدْرَ ما زادَ الدبغ**)؛ لأنه استهلك مالا متقوما للمالك، فعليه الضمان. (**ولو تَلِفَ: لا يَضمَن اتفاقا**)؛ لعدم صنعه.

(**ومن كَسَرَ لمسلمٍ بَرْبَطًا أو طَبْلًا أو مِزمارًا أو دُفًّا، أو أراقَ له**) أي: لمسلم (**سَكَرًا**) -بفتحتين-: اسمٌ للنِّيءِ من ماء الرطب إذا غَلاَ واشتدَّ، (**أو مُنصَّفا**)، هو: ما ذهب نصفه بالطبخ وغلاَ واشتدَّ: (**ضَمِنَ قيمتَه**) صالحا (**لغيرِ اللهو**[3])؛ ففي البربط يضمن الخش

---

(١) وفي «النهاية»: لو جعَل الغاصب بعد دباغته فروا؛ فإن كان جلد زكي: وجب عليه قيمته يوم الغصب اتفاقا، وإن كان جلد ميتة: فلا شيء عليه؛ لأنه تبدَّل اسمه ومعناه بفعل الغاصب، وفي «التبيين»: ينبغي أن يكون هذا على الخلاف؛ لأنه استهلاك. (داماد، منه).

(٢) «مجرى الأنهر» للباقاني (٥١٧/ب)، و«شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٥١/٥).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «لهو» بدون لام التعريف.

ويصحُّ بيعُ هذه الأشياءِ. وقالا: لا يَضمَن، ولا يجوز بيعُها، وعليه الفتوى.

ومن غَصَبَ مُدبَّرةً، فماتَتْ في يده: ضَمِنَ قيمتَها، ولو أمَّ ولدٍ: فلا ضمانَ خلافا لهما.

ولو شَقَّ الزِّقَّ لإراقةِ الخمرِ: لا يَضمَنه عند أبي يوسف، ....

الصالح للاستعمال، وكذا الباقي، وفي السكر ونحوِه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره.

(**ويصحُّ بيعُ هذه الأشياءِ**) عند **الإمام**؛ لأنها أموال؛ لصلاحيتها لما يَحل به الانتفاع، وإن صلحت بما لا يحل: فصار كالأمة المُغنِّية والحَمامة الطيَّارة.

(**وقالا: لا يَضمَن، ولا يجوز بيعُها**)؛ لأن هذه الأشياء أُعِدَّت للمعصية، فيبطل تقوُّمها، وبقولهما قالت **الأئمة الثلاثة**[1]، (وعليه الفتوى)؛ لفساد الزمان فيما بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد: أن البيت يُهدَم على من اعتاد الفسق وأنواعَ الفساد، وأنه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وبإراقة العصير قبل أن يشتد على من اعتاد الفسق.

وقيل: الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للّهو، فأما طبل الغُزاة أو طبل الحاجِّ أو طبل الصيد أو الدف الذي يباح ضربه في العُرْس أو يَلعب به الصِّبْية في البيت: فيضمن **بالاتفاق** بالإتلاف كما في «شرح الكنز» للعيني[2].

(**ومن غَصَبَ مُدبَّرةً، فماتَتْ في يده**) أي: الغاصب: (**ضَمِنَ**) الغاصب (**قيمتَها**) **بالاتفاق**؛ لتقوُّمها، وكذا الحكم لو غصب مدبَّرا، فلا فائدة في التخصيص سوى التوطئة والمناسبةِ لقوله:

(**ولو**) غصب (**أمَّ ولدٍ**)، فماتت في يده: (**فلا ضمانَ**) عليه عند **الإمام**؛ لعدم تقوُّمها عنده.

(**خلافا لهما**)؛ فإن عندهما يضمن قيمتها؛ لتقوُّمها عندهما، وبقولهما قالت **الأئمة الثلاثة**[3].

(**ولو شَقَّ الزِّقَّ لإراقةِ الخمرِ**) التي فيه: (**لا يَضمَنه عند أبي يوسف**)؛ لأنه قد لا يتيسَّر الإراقة إلا بالشق، فيكون مأذونا فيه.

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/٢٠٨)، و«المغني» لابن قدامة (٥/٢٢٤).

(٢) «رمز الحقائق» للعيني (/٣٣٢).

(٣) «المبدع» لابن مفلح (٥/١٥) ، و«التهذيب» للبغوي (٤/٣٠٦).

خلافا لمحمد.

ولا ضمانَ على من حَلَّ قيدَ عبدِ غيرِه أو رباطَ دابَّتِه، أو فتَحَ إصْطَبْلَها أو قَفَصَ غيرِه، فذَهَبَ، خلافا لمحمد في الدابّة والطير. ....

(**خلافا لمحمد**)، هو يقول: إن الإراقة ممكنة بدون الشق، فيضمن الزق؛ لأنه مالٌ متقوِّمٌ[١٥١/ب].

(**ولا ضمانَ على من حَلَّ قيدَ عبدِ غيرِه أو**) حلَّ (**رباطَ دابَّتِه**) أي: دابة غيره، (**أو فتَحَ إصْطَبْلَها**) أي: إصطبل دابة الغير، (**أو**) فتح (**قَفَصَ**) طيرِ (**غيرِه**[١])، (**فذَهَبَ**) العبد أو الدابة أو الطير عقيب ذلك الفعل.

هذا عند الشيخين؛ لأنه تخلَّل بين فعله والتلف فعلُ فاعلٍ مختارٍ، وهو: ذهابُ العبد والدابة وطيرانُ الطيور، واختيارهم صحيح، وتركُهم منهم متصوَّر، والاختيارُ لا ينعدم بانعدام العقل، فيضاف التلف إلى المباشرة دون التسبب كما في «الاختيار»[٢].

(**خلافا لمحمد في الدابّة والطير**)؛ لأنه فرَّق بين ذي العقل وغيره.

ذكر هذا الخلاف صدر الشريعة[٣].

والمفهوم من الشُّمُنِّي وغيره: أن الخلاف في الطير؛ لأنه قال: وعن **محمد** يضمن في الطائر؛ سواء طار من فوره، أو مكَث ساعة ثم طار؛ لأن الطائر مجبول على النِّفار.

قيّدنا بـ«الذهاب عقيب الفتح»؛ لأنه لو مَكث ساعة، ثم ذهب: لا يضمن عندنا وعند **الشافعي**، خلافا **لمحمد** في رواية[٤].

وفي «الاختيار»:

* ذهبَت دابة رجلٍ ليلا أو نهارا بغير إرسال صاحبها، فأفسدت زرعَ رجلٍ: لا ضمان عليها؛ لأنها ذهبت باختيارها، وفعلُها هدرٌ، وإن أرسلها: ضمن.

* رجل وجَد في زرعه وداره دابةً، فأخرجها، فهلكت أو أكلها الذئب: لم يضمن؛ لأن

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «قفص طير».

(٢) «الاختيار» للموصلي (٦٦/٣).

(٣) «شرح الوقاية» لصدر الشريعة (٥٣/٥).

(٤) «حاشية الوقاية» للشمني (٣٠٦/أ)، و«جامع الرموز» للقهستاني (٩٦/٢).

ولا على من سَعَى إلى سلطانٍ بمن يُؤذِيه ولا يَندفِع إلا بالسعي، أو بمن يَفسُق ولا يَمتنِع بنهيِه. ولا على من قال لسلطانٍ قد يُغرِّم وقد لا يُغرِّم: «إن فلانًا وَجَدَ مالا»، فغرَّمه شيئا، وإن كان عادتُه أن يُغرِّم ألبتَّةَ: ضَمِنَ. وكذا لو سَعَى بغير حقٍّ عند محمد؛ زجرًا له، وبه يُفتَى.

ولو أَطعَمَ الغاصبُ المغصوبَ مالكَه: بَرِئَ وإن لم يُعلِمه........................

له ولاية الإخراج، وإن ساقها بعد الإخراج: ضمن[1].

(**ولا**) ضمان (**على من سَعَى إلى سلطانٍ بمن يُؤذِيه ولا يَندفِع**) عنه (**إلا بالسعي**) ورفع إليه؛ لأن دفع الإيذاء عن نفسه حقه، فلا يلزم الضمان؛ لِما أَخَذه السلطان، أما لو كان دفعُ الإيذاء ممكنا بلا سعاية، فسعى إليه: فيلزم الضمان، (**أو**) لا ضمان للساعي (**بمن يَفسُق ولا يَمتنِع بنهيِه**) أي: الساعي؛ لوجوب دفع المنكرات بما أمكن.

(**ولا**) ضمان (**على من قال لسلطانٍ قد يُغرِّم وقد لا يُغرِّم: «إن فلانًا وَجَدَ مالا»**) -هذه الجملة مقول قول-، (**فغرَّمه شيئا**): لا يضمن الساعي؛ لانتفاء التسبيب في هذه الصُّوَر بتوسُّط فعل فاعلٍ مختارٍ، (**وإن كان عادتُه**) أي: عادة السلطان (**أن يُغرِّم ألبتَّةَ: ضَمِنَ**) الساعي؛ لوجود التسبيب.

(**وكذا**) ضَمِنَ الساعي (**لو سَعَى بغير حقٍّ عند محمد؛ زجرًا له، وبه**) أي: بقول محمد (**يُفتَى**)؛ لكثرة السعاة في زماننا.

وعند الشيخين: لا يضمن الساعي؛ لِما مرَّ.

وفي «التنوير»: ولو مات الساعي للمُسعَى به: أن يأخذ قدر الخسران من تَرِكته[2].

(**ولو**[3] **أَطعَمَ الغاصبُ المغصوبَ مالكَه: بَرِئَ وإن**) -وصلية- (**لم يُعلِمه**) أي: وإن لم يُعلِم الغاصب المالك أنه طعامه؛ لأنه عين ماله وصل إليه، فلا يَضمنه ثانيا، وكذا فيما إذا لبس الثوب المغصوب مالكُه.

خلافا للشافعي[4].

---

(١) «الاختيار» للموصلي (٣/٦٦).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠٢).

(٣) في الأصل، ر: «(و) لو»، والمثبت من ر، ح، م، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٨٠).

(٤) «الأم» للإمام الشافعي (٣/٢٦٠).

....

وفي «الغرر»:

* أمَر شخص عبدَ غيرِه بالإباق، أو قال: «اقتل نفسك»، ففعل: وجب على الآمر قيمتُه، ولو قال له: «أَتلِف مال مولاك»، فأتلف: لا يضمن.

* استعمل عبدَ الغير لنفسه وإن لم يَعلم أنه عبد، أو قال ذلك العبد: «إني حر»: ضَمِن قيمته إن هلك، ولو استعمله لغيره: لا يَضمن[1].

** ** **

(١) «درر الحكام شرح غرر الأحكام» لملا خسرو (٢/٢٦٩).

كتاب الشُّفْعة: هي: «تملُّكُ العقارِ على مُشترِيه بما قامَ عليه جبرًا».

(كتاب الشُّفْعة)

تناسُبُ الكتابين من حيث إن كلاً منهما يُفضِي إلى تملُّك مالِ الإنسان بغير رضاه، إلا أن الغصب يصلح شيئا لتملُّك مالٍ، والشفعة لا تجري إلا في العقار، فلذلك قدَّم «الغصب» مع كونه عدوانا.

(هي) أي: الشفعة:

* **لغة:** «فُعْلة» -بالضم- بمعنى «مفعول» من قولهم: «كان هذا الشيء وَتْرا، فشفعته بآخر»؛ أي: جعلتُه زوجا له، فهي في الأصل اسم للمِلك المشفوع بمِلك، ولم يُسمَع منها فعلٌ، ومن لغة الفقهاء: «باع الشفيع الدار التي يشفع بها»؛ أي: تؤخذ بالشفعة كما في «القهستاني»[(١)]، ومنه: شفاعة النبي ﷺ للمذنبين؛ لأنه يَضُمُّهم بها إلى الفائزين.

* **وفي الشرع:** (**«تملُّكُ العقارِ**)، وهو: الضَّيْعة.

وقيل: ما له أصل من دارٍ وضَيْعةٍ وما في حكمه كالعلوِّ دون المنقول كالشجر والبناء؛ فإنه من منقولٍ لم تجب الشفعة فيه إلا بتبعية العقار كالدار والكَرْم والرَّحى والبئر وغيرها.

(على مُشترِيه بما) أي: بالذي؛ أي: بالثمن الذي **(قامَ عليه)** أي: على المشتري **(جبرًا[(٢)]»)** أي: من حيث الجبر.

ومعناه اللغوي وهو موجود فيه مع زيادة أوصاف كالتملك وعلى وجه الجبر.

وقيل: هي ضمُّ بُقعةٍ مشتراة إلى عقار الشفيع بسبب الشركة أو الجوار، وهذا أحسن كما في «شرح الكنز» للعيني[١٨٢/أ][(٣)].

وسببها: اتصال ملك الشفيع بالمشترِي؛ لأنها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث إعلاءُ الجدار وإيقادُ النار ومنعُ ضوء النهار وإثارةُ

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٤٦/٢).

(٢) والأحسن ترك قوله: «جبرا»؛ لأنه مستدرك بكلمة «على»؛ فإنها تدل على الاستعلاء للمتنبئ عنه الجبر. (داماد، منه).

(٣) «رمز الحقائق» للعيني (٣٣٣/٢).

وتجبُ بعد البيع، وتَستقِرُّ بالإشهاد، وتُملَك بالأخذِ بقضاءٍ أو رضاءٍ.

وإنما تجبُ للخَلِيط في نفس المبيعِ، فإن لم يكن أو ....

الغبار وإيقافُ الدواب، لا سيما إذا كان يضادُه كما قيل: «أضيقُ السجون معاشرة الأضداد»[1].

وشرطها: أن يكون المحل عقارا؛ سفلا كان أو علوا، احتمل القسمة أو لا، وأن يكون العقد عقد معاوضة مال بمال.

وركنها: أخذُ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها مع شرطها.

وحكمها: جواز الطلب عند تحقُّق السبب.

وصفتها: أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب.

(**وتجبُ**) أي: تثبت ولاية الشفعة (**بعد البيع**) الصحيح أو فاسدٍ انقطع فيه حق المالك[2].

(**وتَستقِرُّ بالإشهاد**) والطلب في الحال، حتى: لو أخَّر ساعة قبل الاستقرار: تبطل شفعته؛ لأن حقها ضعيفٌ متزلزِلٌ، فلا بد من الطلب والإشهاد في الحال، فإذا أشهَدَ: استقرَّ، فبعد ذلك لا تَبطل بالتأخير.

(**وتُملَك بالأخذِ بقضاءٍ أو رضاءٍ**).

والصواب أن يقول: «وتُملَك بالقضاء أو الأخذ بالرضاء» كما في «الغرر»[3]؛ لأن القاضي إذا حكَم: يثبت الملك للشفيع من غير أخذٍ.

وحاصله: أنه يملك العقار المشفوع بأحد الأمرين؛ إما بالأخذ إذا سلَّمها المشتري برضاه، أو بحكم الحاكم من غير أخذٍ كما في أكثر المعتبرات[4]، تأمَّلْ.

(**وإنما تجبُ**) أي: تثبت الشفعة (**للخَلِيط**)، وهو: الشريك الذي لم يُقاسِم (**في نفس المبيعِ**)، وهذا بالإجماع، (**فإن لم يكن**) أي: وإن لم يوجد الخليط في نفس المبيع، (**أو**)

(١) أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» (١٢/٧٢/٩٠٦٢) من قول أبي علي الروذباري رحمه الله.

(٢) وفائدة هذين القيدين: أن الشفيع إذا مات بعد الطلبين قبل الأخذ أو الحكم: لم يورث عنه الدار المشفوعة، ولو باعها: لا يجوز كما في «شرح المجمع» (ص: ٣٥٨). (داماد، منه).

(٣) «درر الحكام شرح غرر الأحكام» لملا خسرو (٢/٢٠٩).

(٤) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٤٢)، و«الهداية» للمرغيناني (٤/٣١٠)، و«المحيط البرهاني» لابن مازة (٧/٢٧٠).

سَلَّمَ: فللخليطِ في حقِّ المبيعِ كالشِّرْب والطريقِ الخاصَّين؛ كنهرٍ لا تَجرِي فيه السُّفُن، وطريقٍ لا يَنفذ، ثم للجارِ المُلاصِقِ ولو بابُه في سِكَّةٍ أخرى.

وُجِد ولكن (**سَلَّمَ**) الشفعة: (**فللخليطِ في حقِّ المبيعِ كالشِّرْب**) -بكسر الشين-، وهو: الشريك الذي لم يخالط، (**والطريقِ الخاصَّين**)، ثم فسَّر ذلك بقوله: (**كنهرٍ لا تَجرِي فيه السُّفُن**) أي: أصغر السفن: مثالٌ للشرب الخاص، (**وطريقٍ لا يَنفذ**): مثالٌ للطريق الخاص، حتى: إذا كانا عامَّين لم يستحق بهما الشفعة.

فـ«النهر العام» عند **الطرفين**: ما تجري فيه السفن كدِّجلة وفُرات.

وذكَر شيخ الإسلام: اختلفوا فيه: فقيل: «**الخاص**»: ما يتفرَّق ماؤه بين الشركاء، ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي، ولا يكون له منفذ، و«**العام**»: ما يتفرَّق ويبقى، وله منفذ، وعامةُ المشايخ على أنه: ما كان شركاؤه لا يحصون، واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائةٍ أو مائةٍ أو أربعين أو عشرةٍ.

وعن **أبي يوسف**: «**الخاص**»: أن يكون نهرا يُسقَى منه قَراحان[1] أو ثلاثة، وما زاد على ذلك: فهو «**عامٌّ**».

والأصح: أنه مفوَّض إلى رأي كلِّ مجتهد في زمانه، وهو أشبه الأقاويل.

(**ثم**) تثبت بعد الطريق (**للجارِ المُلاصِقِ**) أي: لجارٍ له عقارٌ.

واحترز به عما يكون وقفا أو إجارة أو وديعة؛ لأنها لا تثبت فيها؛ لِما في «التجريد»: لا شفعة في الوقف ولا بجواره.

(**ولو بابُه في سِكَّةٍ أخرى**[2]).

والظاهر أن «ولو» وصلية، لكن الأَولى أن يقول: «لو كان بابه في سكة أخرى» بدون

---

(١) و«القَراح»: قطعةٌ من الأرض. (داماد، منه).

(٢) وفي «الدرر» (٢/٢٠٨): صورته: منزلٌ مشترَكٌ بين اثنين في دارٍ هي القوم في سكة غيرِ نافذة؛ إذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل: فالشريك في المنزل أحق بالشفعة، فإن سلم: فالشركاء في الدار أحقُّ من الشركاء في السكة؛ لأنهم أقرب للشركة بينهم في صحن الدار، فإن سلموا: فأهل السكة أحقُّ للشركة في الطريق، وجميع أهل الزقاق الذي طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواء، فإن سلموا: فللجار الملاصق، وهو: الذي على ظهر هذا المنزل وبابُ داره في سكة أخرى، انتهى. (داماد، منه).

ومَن له جُذوعٌ على حائطِها أو شركةٌ في خشبةٍ عليه: جارٌ، وإن في نفس الجدارِ: فشريكٌ.

الواو؛ لأنه إن كان بابه في تلك السكة: كان خليطا في حق المبيع، فلا يكون جارا ملاصقا، فلهذا قال صاحب «الهداية» وغيرُه في تفسير «الجار الملاصق»: هو الذي دارُه على ظهر الدار المشفوعة وبابُه في سكة أخرى[1].

وقال الشافعي: لا شفعة بالجوار بل بالشركة في البقعة؛ لقوله ﷺ: «**الشفعة فيما لا يقسم**»[2]، وبه قال مالك وأحمد[3].

ولنا: قوله ﷺ: «**جار الدار أحق من غيره**»[4]، فلا تثبت للجار المقابل إذا كانت السكة نافذة، أما إذا كانت غير نافذة: فتثبت.

(**ومَن**) -مبتدأ- (**له جُذوعٌ على حائطِها**) أي: حائط الدار، (**أو**) مَن له (**شركةٌ في خشبةٍ عليه**) أي: الحائط: (**جارٌ**) -خبر المبتدأِ-؛ لأن الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا في حق المبيع، ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا، (**وإن**) كان شريكا (**في نفس الجدارِ**: **فشريكٌ**، يُقدَّم على الخليط[5].

لكن في «التبيين» وغيره: وإذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار: لا يقدم على غير من الجيران؛ لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا يستحق بها الشفعة، ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركا بينهما: كان هو أولى من غيره من الجيران[6]، انتهى.

فيلزم التوفيق بينه وبين ما في المتن: بأن مراد المصنف البناء والمكان الذي عليه البناء، لا البناء المجرد، تدبَّرْ[١٨٢/ب].

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٤/٣٠٩)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٢٢٥٧)، وابن ماجه في «سننه» (٢٤٩٧)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٦/٩٤/٦٢٦١)، وابن حبان في «صحيحه» (١١/٥٩٠/٥١٨٥).

(٣) «الأم» للإمام الشافعي (٧/١١٦)، و«الكافي» للقرطبي (٢/٨٥٦)، و«التذكرة» لابن عقيل (ص: ١٥٧).

(٤) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣٥١٧)، والترمذي في «سننه» (١٣٦٨)، والنسائي في «السنن الكبرى» (١٠/٣٦٤/١١٧١٣)، وأحمد بن حنبل في «مسنده» (٣٢/٢٠٩/١٩٤٥٩).

(٥) قيل: ثبوت الشفعة عندنا مراتب؛ أولها: الشريك في البيت، ثم الشريك في الدار، ثم الشريك في الشرب، ثم الشريك في الطريق، ثم الجار الملاصق. (**داماد، منه**).

(٦) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٤١)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٥٢/ب).

وهي على عددِ الرؤوسِ، لا السِّهام.

فإذا عَلِمَ الشفيعُ البيعَ: يُشهِد في مجلسِ علمِه أنه يَطلُبها، ....

(وهي) أي: الشفعة (على عددِ الرؤوسِ) أي: رؤوس الشفعاء، (لا السِّهامِ) أي: سهام مِلكهم؛ لأن علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره، والترجيحُ لقوة العلة لا للكثرة، ولذا قُسِّم على التنصيف ما باع شريكٌ لصاحب نصفٍ وثلثٍ وسدسٍ، وجارٌ له جاران؛ أحدهما من ثلاثة جوانب، وثانيهما من جانب.

خلافا للشافعي؛ إذ عنده يقضى بقدر الأملاك لا بقدر الرؤوس؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، فيكون على قدر الملك[1].

وفي «التنوير»:

* أسقط بعضُهم حقَّه من الشفعة بعد القضاء: ليس لمن بقي أخذُ نصيب التارك، ولو كان بعضهم غائبا: يُقضَى بالشفعة بين الحاضرين في الجميع.

وكذا لو كان الشريك غائبا، فطلبَ الحاضر: يقضى له بالشفعة، ثم إذا حضر وطلب: قُضِي له بها.

* أسقط الشفيع للشفعة قبل الشراء: لم يصح.

* أراد الشفيع أَخْذَ البعض، وترْكَ الباقي: لم يَملك ذلك جبرا على المشتري، ولو جعَل بعض الشفعاء نصيبه لبعض: لم يصح، وسقط حقه به[2].

(فإذا عَلِمَ الشفيعُ البيعَ[3]) أي: بيع العقار المشفوع: (يُشهِد) -من «الإفعال»- (في مجلسِ علمِه) أي: الشفيع على (أنه يَطلُبها[4])؛ سواء علم بسمع البيع من البائع أو المشتري،

---

(١) «أسنى المطالب» للسنيكي (٢/٣٧٤).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠٢).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «بالبيع».

(٤) قال يعقوب باشا (١١٩/ب): والأولى أن يُشهِد عليه في مجلس علمه لو تمكّن من الإشهاد، ولسقط عنه اليمين وهو حلف الشفيع على أنه طلب الشفعة حين علم، لو أنكر المشتري طلبه: فلا بينة للشفيع، ويدل على هذا ما ذكر في «الهداية» وغيرِها وما ذكره بعض المتأخرين من: «أن الشفيع يكلف إقامة البينة على طلب المواثبة، وليس له أن يحلف عليه ويأخذ المبيع بالشفعة» ليس على ما ينبغي؛ لأن طلب المواثبة يجب على فور العلم بالشراء وقد سمع في بيته في بعض أهله وعبيده، =

ويُسمَّى: «طلبَ مُواثبةٍ». ثم يُشهِد عند العَقار أو على المشتري أو على البائع إن كان المبيعُ في يده، ....

أو بسمع الكلام في حق البيع، أو بإخبار شخص بأن فلانا باع داره بلفظ يُفهِم طلبَها كـ«طلبت الشفعة» أو «أنا طالب لها» أو «أطلبها»؛ لأن الاعتبار للمعنى، والمعتبرُ الطلبُ دون الإشهاد، وإنما الإشهاد للإثبات، حتى: لو صدَّقه المشتري على الطلب: لا يحتاج إلى الشهود.

ثم اعتبار المجلس اختيار الكرخي وبعضِ مشايخ بخارى، للتأمل.

وفي رواية «الأصل»: يشترط على فور علمه بالبيع، حتى: لو سكت ساعة: تبطل، وإليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى، وعليه الفتوى كما في «المنح»[1].

وقيل: تبطل إن سكت أدنى سكوتٍ، حتى: لو أخبر بكتاب والشفعةُ في أوله أو وسطه، فقرَأ الكتاب إلى آخره: بطلت شفعته إذا كان ذلك بعد العلم بالمشتري وبالثمن.

(ويُسمَّى) أي: الطلب في المجلس: («طلبَ مُواثبةٍ») أي: مسارعةٍ -من «الوثوب»، سمي به؛ ليدل على غاية التعجيل-.

(ثم يُشهِد عند العَقار)؛ لأنه محلٌّ للشفعة، (أو) يشهد (على المشتري) ولو غير ذي يد بأن يقول له: «أَطلبُ منك الشفعة في دارٍ اشتريتها من فلانٍ حدودُها كذا، وأنا شفيعها بالشركة في الدار أو الطريق...»، أو «... بالجوار بدارٍ حدودُها كذا، فسَلِّمْها لي»، فلا بد أن يبين حدود الدارين مع كل واحدة من مراتب الثبوت كما في «الخانية»، لكن في «الكافي» وغيره: أن تبيُّن هذه الأمور ليس مما لا بد منه.

وفيه إشارة إلى: أن له الإشهاد عند أبعد هؤلاء مع الأقرب على ما قال بعض المشايخ، وذهب الآخرون إلى أنه إنما يشهد عند الأقرب كما في «القهستاني»[2].

(أو على البائع إن كان المبيعُ في يده)، فلا يصح الإشهاد عند بائع ليس بذي يدٍ على ما ذكره القدوري، واختاره الصدر الشهيد.

وذكره شيخ الإسلام وغيره: أن الإشهاد يصح عنده استحسانا.

= ولا يتفق عنده من يصلح شاهدا عليه حين سمع، فحينئذ لو كلف بالبينة عليه حين يسمع: لزمه الحرج، فليتأمل. (داماد، منه).

(١) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٧٣/ب)، و«الأصل» للإمام محمد (٩/٢٣٣).

(٢) «جامع الرموز» للقهستاني (٢/٩٨).

فيقول: «اشتَرَى فلانٌ هذه الدارَ وقد كنتُ طَلَبتُ الشفعةَ، وأنا أَطلُبها الآن، فاشهَدُوا على ذلك»، ويُسمَّى: «طلبَ تقريرٍ وإشهادٍ». ثم يَطلُب عند قاضٍ، فيقول: «اشتَرَى فلانٌ دارَ كذا وأنا شفيعُها بسبب كذا، فمُرْه بالتسليم إليَّ»، ويُسمَّى: «طلبَ خصومةٍ وتمليكٍ».

ولا تَبطُل الشفعةُ بتأخيره مطلقا في ظاهر المذهب، وعليه الفتوى. ....

وإنما ذكر كلمة «ثم»؛ إشارة إلى أن مدة هذا الطلب لم يكن على فور المجلس في الأكثر، بل مقدرة بمدة التمكُّن من الإشهاد كما في «النهاية» وغيره[1]، حتى: لو تمكَّن ولم يطلب: بطلت شفعته.

(فيقول: «اشتَرَى فلانٌ هذه الدارَ وقد كنتُ طَلَبتُ الشفعةَ) قبلَه طلبَ المواثبة، (وأنا أَطلُبها الآن، فاشهَدُوا على ذلك»، ويُسمَّى) هذا الطلب: («طلبَ تقريرٍ وإشهادٍ»)، ولا بد منه؛ لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي، ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهرا؛ لأنه على الفور، فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد للتقرير.

(ثم يَطلُب عند قاضٍ، فيقول: «اشتَرَى فلانٌ دارَ كذا وأنا شفيعُها بسبب كذا).

قيل: هذا ظاهر في الشفيع في الجوار، لا في الشفيع في نفس المبيع.

(فمُرْه) أيها القاضي (بالتسليم إليَّ) حقي بالرد أو بترك الدخل بينه وبيني».

فالتسليم على هذا المعنى لا يقتضي القبض، بل يوجد قبل القبض وبعده، فلا يُردُّ ما قيل من أنه: هذا إذا قبَض المشتري المبيع[١٨٣/أ]، وطلَب الخصومة: لا يتوقف عليه، انتهى.

(ويُسمَّى) هذا الطلب: («طلبَ خصومةٍ وتمليكٍ»)، فلا بد منه أيضا لأنه لا يحكم له بدون طلبه.

(ولا تَبطُل الشفعةُ بتأخيره) أي: بتأخير طلب الأخذ (مطلقا) بعدما استقرَّت شفعته بالإشهاد عند الشيخين (في ظاهر المذهب، وعليه) أي: على قول الإمام (الفتوى)؛ لأن الحق قد ثبت بالطلب، فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق.

ولو كان التأخير بعذرٍ من مرض أو سفر أو حبس أو عدم قاضٍ يرى الشفعة بالجوار في بلده: لا يسقط بالإجماع وإن طالت المدة.

وعن أبي يوسف: إن أخَّره مجلس حكم: يبطل؛ لتركه عند إمكان الأخذ.

---

(١) «النهاية» للسغناقي (٢/٣٣٥/أ-ب)، و«منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٧٤/أ).

وقيل: يُفتَى بقول محمد: أنه إن أخَّرَه شهرًا بلا عذرٍ: بَطَلَتْ.

وإذا ادَّعَى الشراءَ، وطَلَبَ الشفعةَ: سَأَلَ القاضي المدَّعَى عليه؛ فإن أقَرَّ بملكِ ما يَشفَع به أو نَكَلَ عن الحلف على العلم بمِلكِيَّتِه أو بَرهَنَ الشفيعُ: ....

وفي رواية: إلى ثلاثة أيام.

(وقيل: يُفتَى بقول محمد) وزفر ورواية عن أبي يوسف: (أنه) أي: الشفيع (إن أخَّرَه) أي: طلب الخصومة (شهرًا بلا عذرٍ: بَطَلَتِ) الشفعة؛ لأنه قال[1]: الفتوى اليوم على أنه إذا أخَّر شهرا: سقطت الشفعة؛ لتغيُّر أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير.

وفي «المحيط» و«الخلاصة» و«منية المفتي» و«مختارات النوازل»: والفتوى على قول محمد[2].

(وإذا ادَّعَى) الشفيع (الشراءَ، وطَلَبَ الشفعةَ: سَأَلَ القاضي المدَّعَى عليه)، وهو: المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع: هل هي ملك للشفيع أو لا؟

(فإن أقَرَّ) المشتري (بملكِ ما يَشفَع به أو) أنكر فحلّف، و[3](نَكَلَ عن الحلف على العلم بمِلكِيَّتِه) بأن يحلف: «بالله ما أعلم أنه مالك لما يشفع به»، (أو) أنكر و(بَرهَنَ الشفيعُ[4]) ؛ أي: أقام بينة أنها ملكه: (سَأَلَه) أي: القاضي المشتري (عن الشراء)، فيقول له: «اشتريت أم لا».

(فإن أقَرَّ) المشتري (به) أي: بالشراء، (أو) أنكر فحلف، و(نَكَلَ عن اليمين أنه ما ابتاعَ أو ما يَستحِقُّ) الشفيع (عليه هذه الشفعةَ [أو بَرهَنَ الشفيعُ][5])، يعني: أن ثبوت الشفعة إن كان متَّفقا عليه: يحلف على الحاصل: «بالله ما استحق هذا الشفيع الشفعة عليَّ»، فإن كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله: «ما اشتريت هذه الدار»؛ لأنه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي كما في «شروح الكنز»[6].

---

(١) قائله: شيخ الإسلام. (داماد، منه).

(٢) «المحيط البرهاني» لابن مازة (٧/٢٧٠)، و«مختارات النوازل» للمرغيناني (ص: ٥٣٩).

(٣) في الأصل بالحبر الأحمر، والمثبت من بقية النسخ كلها، والمطبوع (٢/٥٨٢).

(٤) ليست في الأصل، م من صلب المتن، والمثبت من ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والطبوع (٢/٥٨٢).

(٥) ليست في الأصل، والزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى»، والمطبوع (٢/٥٨٢).

(٦) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٣٣٨)، و«فتح العزيز» للرافعي (١١/٤٦٠).

سَأَلَه عن الشراء، فإن أقرَّ به أو نَكَلَ عن اليمين أنه ما ابتاعَ أو ما يَستحِقُّ عليه هذه الشفعةَ أو بَرهَنَ الشفيعُ: قَضَى له بها.

ولا يُشترَط إحضارُ الثمنِ وقت الدعوى، فإذا قُضِيَ له: لَزِمَ إحضاره.

وللمُشترِي حبسُ الدارِ لقبضِه، ولا تَبطُل شفعتُه بتأخير الثمن بعدما أمر بأدائه.

وللشفيعِ أن يُخاصِم البائع إن كان المبيعُ في يده، ولا يَسمَع القاضي البيّنةَ عليه حتى يَحضُر المشتري، فيَفسَخ البيعَ بحضرته، ....

وفي «التنوير»: من لم ير الشفعة بالجوار كالشافعي: طلبها عند حاكمٍ يراه[1].

(قَضَى) أي: القاضي (له) أي: للشفيع (بها) أي: بالشفعة؛ لثبوته عنده.

قال العيني: والواجب في هذا أن يسأل القاضي أولا عن المدعي عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها؛ لأنه ادعى حقا، فلا بد أن تكون معلومة، فإذا بيَّن ذلك: سأل: «هل قبض المشتري الدار أم لا؟»؛ لأنه إذا لم يقبضها: لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع، فإذا بين ذلك: سأله عن طلب التقرير: «كيف كان؟ وعند من أشهد؟»، فإذا بيَّن ذلك كله: تمَّتْ دعواه، ثم أَقبَل على المدعى عليه، فسأله كما في المتن.

(**ولا يُشترَط إحضارُ الثمنِ وقت الدعوى**) في ظاهر الرواية[2]، فتجوز له المنازعة وإن لم يحضره إلى مجلس القاضي؛ لأن لزوم الثمن على الشفيع بعد القضاء لا قبله.

وعن **محمد** وهو رواية **الحسن** عن **الإمام**: أنه لا يقضي حتى يحضر الثمن؛ لاحتمال أن يكون الشفيع مفلسا، فتَوَى المال على المشتري.

(**فإذا قُضِيَ له: لَزِمَ إحضاره**) أي: الثمن؛ لتحقُّق سبب اللزوم.

(**وللمُشترِي حبسُ الدارِ لقبضِه**) أي: للمشتري حبسُ الدار لقبض ثمنه، فلو لم يَنقُده: حبَس القاضي الشفيع بالإباء؛ لأن الشفيع والمشتري نزَلاَ منزلة البائع والمشتري، (**ولا تَبطُل شفعتُه بتأخير الثمن بعدما أمر**) القاضي (**بأدائه**) **إجماعا**؛ لتأكُّد الشفعة بالقضاء.

(**وللشفيعِ أن يُخاصِم البائع إن كان المبيعُ في يده**)؛ لأن له يدا مُحقَّة أصالة، فكان خصما كالمالك[١٨٣/ب]، (و) لكن (**لا يَسمَع القاضي البيّنةَ**) أي: بينة الشفيع (**عليه**) أي: البائع بغيبة المشتري (**حتى يَحضُر المشتري**)؛ لأنه المالك، (**فيَفسَخ البيعَ بحضرته**) أي: المشتري

---

(١) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠٣).

(٢) «الأصل» للإمام محمد (٩/٢٣٤).

ويَقضِي بالشفعة على البائع، ويَجعَل عليه العُهْدة.

والوكيلُ بالشراء خصمٌ للشفيعِ ما لم يُسلِّم إلى الموكِّل.

وللشفيعِ خيارُ الرؤيةِ والعيبِ وإن شَرَطَ المُشترِي البراءةَ منه.

فصل: وإن اختلَف الشفيع والمشتري في الثمن: فالقولُ للمشتري. ولو بَرهَنَا: فللشفيعِ،

عند حضور البائع؛ لأن أحدهما صاحبُ يدا، والآخر ملكا، (**ويَقضِي بالشفعة على البائع، ويَجعَل عليه**) أي: على البيع (**العُهْدة**[1]) أي: يجعل من يترتَّب على البيع من الأحكام على البائع قبل تسليم المبيع إلى المشتري، والعهدةُ على المشتري لو كان ذلك بعده؛ لأن البائع يصير أجنبيا كما في أكثر المعتبرات[2].

فعلى هذا أن المصنف أطلق في محل التقييد.

وقال **الشافعي**: العهدة على المشتري مطلقا[3].

(**والوكيلُ بالشراء خصمٌ للشفيعِ**)؛ لأنه العاقد، والأخذُ بالشفعة من حقوق العقد، ولهذا لو كان البائع وكيلا: كان للشفيع أن يخاصمه، ويأخذَها منه بحضرة المشتري (**ما لم يُسلِّم إلى الموكِّل**)، فإذا سلَّمها إلى الموكل: لا يبقى له يد ولا ملك، فلا يكون خصما بعده.

(**وللشفيعِ خيارُ الرؤيةِ والعيبِ وإن**) -وصلية- (**شَرَطَ المُشترِي البراءةَ منه**) أي: من العيب بالإجماع؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، فيثبت فيها الخيار، ولا يسقط برؤية المشتري وبشرط براءته؛ لأن الشفيع ليس بنائب عنه، فلا يسقط حقه بإسقاط المشتري.

(فصل)

[في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن]

(**وإن اختلَف الشفيع والمشتري في الثمن: فالقولُ للمشتري**) مع اليمين؛ لأن الشفيع يدَّعي عليه حق الأخذ عند نقد الأقل، والمشتري ينكره: فالقول للمنكر، ولا يتحالفان، (**ولو**[4] **بَرهَنَا**) أي: لو أقام كلٌّ منهما البينة على دعواه: (**فللشفيعِ**) أي: بينة الشفيع أحقُّ

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ويجعل العهدة عليه» بالتقديم والتأخير.

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣١٣/٤)، و«الاختيار» للموصلي (٤٦/٢)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٦٢/٥).

(٣) «الأم» للإمام الشافعي (١١٥/٧).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وإن».

وعند أبي يوسف: للمشتري.

وإن ادَّعَى المشتري ثمنًا، والبائعُ أقلَّ منه: أَخَذَه بما قال البائع: «قبلَ قبضِ الثمنِ» وبما قال المشتري: «بعْدَه»، وإن عَكَسَا: فبعْدَ القبضِ يُعتبَر قولُ المشتري، وقبْلَه ....

بالتقديم عند الطرفين؛ لكونه مدعيا، ولأنه يمكن صدق البينتين بجريان العقد مرتين، فيجعلان موجودين، فالشفيع يأخذ بأيهما شاء[1].

(**وعند أبي يوسف: للمشتري**) أي: بينة المشتري أحقُّ؛ لأنها تثبت الزيادة، وهو قول **الشافعي وأحمد**[2].

(**وإن ادَّعَى المشتري ثمنًا، و**) ادَّعى (**البائعُ**) ثمنا (**أقلَّ منه**) أي: من ذلك الثمن: (**أَخَذَه**) أي: الشفيع[3] العقار (**بما قال البائع: «قبلَ قبضِ الثمنِ»**)؛ سواء قبض المشتري العقار أو لا؛ لأن هذا القول من البائع حطٌّ بعض الثمن عن المشتري، والحطُّ عنه حطٌّ عن الشفيع، (**وبما قال المشتري: «بعْدَه»**) أي: أخذ الشفيع بقول المشتري: «بعد قبض البائع الثمن»؛ لأنه حينئذ كالأجنبي، وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، فالقول للمشتري.

ولو كان قبضُ الثمن غيرَ ظاهر، فقال البائع: «بعت الدار بألف، وقبضتُ الثمن»: أَخَذها الشفيع بألف؛ لأنه بيَّن الثمن في حالٍ له ولايةُ البيان فيه، فقُبِل بيانه، وإن قال: «قبضت الثمن وهو ألف»: أخذها بقول المشتري؛ لأنه لمَّا أقرَّ باستيفاء الثمن أولا: صار أجنبيا، فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن.

وعند **الأئمة الثلاثة**: يأخذها بقول المشتري فيهما[4].

(**وإن عَكَسَا**) أي: ادعى البائع ثمنا والمشتري أقلَّ منه: (**فبعْدَ القبضِ [يُعتبَر قولُ المشتري]**[5]) أي: لو كان بعد قبض البائع الثمن: أخذها الشفيع بما قال المشتري، (**وقبْلَه**)

---

(١) وفيه إشعار بأنه: لو اختلف البائع والمشتري أو هما والشفيع: فبينة البائع أحق؛ لأنها مثبت الزيادة كما في «القهستاني» (٥٠/٢). (**داماد، منه**).

(٢) «البيان» للعمراني (١٦٦/٧)، و«زاد المستقنع» لأبي نجاء (ص: ١٧٥).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» من صلب المتن بدون: «أي».

(٤) «الحاوي الكبير» للماوردي (١٧٧/٧)، و«المدونة» للإمام مالك (٢٢١/٤)، و«الكافي» لابن قدامة (٢٢٨/٢).

(٥) ليست في الأصل، الزيادة من بقية النسخ كلها، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

يتحالَفان، وأيٌّ نكَلَ: اعتُبِر قولُ صاحبِه، وإن حَلَفَا: فَسَخَ البيع، ويَأْخُذه الشفيعُ بما قال البائع.

وإن حَطَّ عن المشتري بعضَ الثمنِ: يَأْخُذه الشفيعُ بالباقي، وإن حَطَّ الكلَّ: يَأْخُذ بالكلِّ، وإن حَطَّ النصفَ ثم النصفَ: يَأْخُذ بالنصف الأخير.

وإن زادَ المشتري في الثمن: لا تَلزَم الشفيعَ الزيادةُ. ....

أي: قبل القبض (**يتحالَفان**) ويترادان البيع، (**وأيٌّ**) من البائع والمشتري (**نكَلَ**) عن اليمين: (**اعتُبِر قولُ صاحبِه**)، فيأخذها الشفيع بذلك؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار بما يدعيه الآخر، (**وإن حَلَفَا: فَسَخَ البيع**) أي: فسخ القاضي العقد بينهما، (**ويَأْخُذه**) أي: العقار (**الشفيعُ بما قال البائع**)؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع كما لو ردَّ عليه بعيب بقضاء قاضٍ كما في أكثر المعتبرات[1][١٨٤/أ].

(**وإن حَطَّ**) البائع (**عن المشتري بعضَ الثمنِ: يَأْخُذه**[2]) أي: العقار (**الشفيعُ بالباقي**) من الثمن؛ سواء كان قبل قبضه أو بعده؛ لِما مرَّ: أن الحط عن المشتري حطٌّ عن الشفيع؛ أي: الحط يلتحق بأصل العقد.

خلافا لزفر والأئمة الثلاثة؛ فإن عندهم لا أثر للحط، بل عليه الثمن المسمى[3].

(**وإن حَطَّ**) البائع عن المشتري (**الكلَّ**) أي: كل الثمن: (**يَأْخُذ**) الشفيع (**بالكلِّ**) أي: بكل الثمن بالإجماع؛ لأنه يصير بيعا بلا ثمن، وأنه باطل، لكن في «شرح الهداية» للدهلوي كلام، فليطالع.

(**وإن حَطَّ**) البائع عن المشتري (**النصفَ**) أي: نصف الثمن، (**ثم**) حطَّ (**النصفَ**) الآخر: (**يَأْخُذ**) الشفيع (**بالنصف الأخير**)؛ لأنه لمَّا حط النصف: التَحَق بأصل العقد، فوجب عليه النصف، فلما حطَّ النصف الآخر: كان حطا للجميع، فلا يسقط عن الشفيع.

(**وإن زادَ المشتري في الثمن**) بعد عقد البيع: (**لا تَلزَم الشفيعَ الزيادةُ**) أي: أخذه بالثمن

---

(١) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٤٨)، و«درر الحكام» لملا خسرو (٢/١٥٩)، و«العناية» للبابرتي (٩/٤١١).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «يأخذ» بدون الضمير.

(٣) «الحاوي الكبير» للماوردي (٧/٢٨٧)، و«التهذيب» لابن البراذعي (٤/١٣٦)، و«الهداية» للكلوذاني (ص: ٣٢٣).

وإذا كان الثمنُ مِثليًا: لَزِمَ الشفيعَ مثلُه، وإن قِيَميًا: فقِيْمتُه. وإن كان مُؤجَّلا: أَخَذَ بثمنٍ حالٍّ، أو يَطلُب في الحال ويَأخُذ بعد مُضيِّ الأجلِ، ولا يَتعجَّل ما على المشتري لو أَخَذَ الشفيعُ بالحال. ولو سَكَتَ عن الطلب لِيَحلَّ الأجلُ: بَطَلَتْ شفعتُه، خلافا لأبي يوسف.

الأول بالإجماع؛ لأنه حق الشفيع، فتكليفُ الزيادة إبطال حقه.

(وإذا كان الثمنُ مِثليًا: لَزِمَ الشفيعَ مثلُه) أي: يأخذ الشفيع المبيع بمثل الثمن في شراء العقار بمكيل أو موزون؛ لأنهما من ذوات الأمثال، (وإن) كان الثمن (قِيَميًا: فقِيْمتُه) أي: يأخذ المبيع بالقيمة في شراء دارٍ بثوب أو فرس؛ لأنهما من ذوات القيم، ويأخذ كلُّ واحد بقيمة الآخر في شراء عقار بعقار؛ لتحقُّق البدلية بينهما، ولكونه من ذوات القيم.

(وإن كان) الثمن (مُؤجَّلا) بأجل معلوم؛ لأنه إن كان مجهولا: فالبيع فاسد: (أَخَذَ بثمنٍ حالٍّ، أو يَطلُب) الشفيع شفعته (في الحال)؛ لأن تركه بعد ثبوت حقه دليل الإعراض.

وفي «الهداية»: فللشفيع الخيار؛ إن شاء: أخذها بثمن حال، وإن شاء: صبر حتى ينقضي الأجل[١].

(ويَأخُذ) الشفيع العقار (بعد مُضيِّ الأجلِ)؛ لكون الثمن مؤجلا.

وقال زفر ومالك وأحمد والشافعي في القديم: له أن يأخذها في الحال بالثمن المؤجل؛ لأن الشراء وقع به[٢].

ولنا: أن الأصل في الثمن أن يكون حالاً، وإنما يؤجل بالشرط، ولا شرطَ في حق الشفيع.

(ولا يَتعجَّل ما على المشتري لو أَخَذَ الشفيعُ بالحال)؛ لأن الأجل ثبت له بالشرط، فلا يبطل بأخذ الشفيع بثمنٍ حالٍّ كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمنٍ حالٍّ، وإن اختار الانتظار: كان له ذلك؛ لأن له أن لا يلتزم الضرر الزائد كما في «التبيين»[٣].

(ولو سَكَتَ عن الطلب لِيَحلَّ الأجلُ: بَطَلَتْ شفعتُه) عند الطرفين.

(خلافا لأبي يوسف)؛ فإن عنده لا تبطل بالتأخير إلى حلول الأجل؛ لأن الطلب ليس

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣١٥/٤).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٣٤٥/٧)، و«الروض المربع» للبهوتي (ص: ٤٣٦).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٤٩/٥).

ولو اشتَرَى ذميٌّ بخمرٍ أو خنزيرٍ: يَأْخُذه الشفيعُ الذميُّ بمثلِ الخمرِ وقيمةِ الخنزيرِ، والمسلمُ بالقيمة فيهما.

ولو بَنَى المشتري أو غرَسَ: أَخَذَها الشفيعُ بالثمن وبقيمتِهما مقلوعَيْن كما في الغصب، أو كُلِّفَ المشتري قلعَهما. ....

بمقصود لذاته، بل للأخذ، وهو لا يتمكن منه في الحال بثمنٍ مؤجَّلٍ، فلا فائدة في طلبه في الحال.

ولهما: أن حقه قد ثبت، ولهذا له أن يأخذ بثمنٍ حالٍّ، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يُبطِل الشفعة.

(ولو اشتَرَى ذميٌّ بخمرٍ أو خنزيرٍ: يَأْخُذه الشفيعُ الذميُّ بمثلِ الخمرِ وقيمةِ الخنزيرِ)؛ لأن هذا البيع مقتضًى بالصحة فيما بينهم، وحقُّ الشفعة يعم المسلم والذمي، والخمرُ لهم كالخل لنا، والخنزير كالشاة، فيأخذ الأولَ بالمثل والثانيَ بالقيمة، ولو أسلم الذمي: صار حكمُه حكمَ المسلم من الابتداء، فيأخذها بالقيمة.

(و) يأخذ الشفيع (المسلمُ بالقيمة فيهما)، أما الخنزير: فمن ذوات القيم، وأما الخمر: فلأن المسلم عاجز عن تسليمها، فالتَحَق بغير المثلي.

ثم إن طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع إلى ذميٍّ أَسلَمَ أو فاسقٍ تابَ.

وفيما في «الفرائد» من: أنه بقي صورة، وهي: أنه لو اشترى ذميٌّ بخنزير، وكان شفيعها مسلما وذميا: لم يُبيِّنوا حكمها[1]: كلامٌ؛ لأنه بيَّن آنفا أن المسلم يأخذ بالقيمة، وكذا يأخذ الذمي بالقيمة؛ لأن الخنزير من ذوات القيم، فلا وجه على ما قاله، تأمَّلْ.

(ولو بَنَى المشتري) على الأرض المشفوعة، (أو غَرَسَ) فيها، فحُكِم بالشفعة: (أَخَذَها الشفيعُ بالثمن وبقيمتِهما) أي: البناء والغرس (مقلوعَيْن)، والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتُهما مستحقي القلع (كما في الغصب، أو كُلِّفَ المشتري قلعَهما) أي: البناء والغرسِ، ويأخذ الأرض فارغة بكل الثمن بدونهما.

وعن أبي يوسف: لا يُكلِّفه بالقلع، بل يكون بالخيار بين أن يأخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وبين أن يترك؛ لأن المشتري محق في البناء وليس بمتعدٍّ؛ إذ بنى في ملكه

---

(١) «الفرائد» للسواسي (٦٤٦/أ).

ولو استُحِقَّت بعدما بَنَى الشفيع أو غَرَسَ: رَجَعَ على المشتري بالثمن فقط. وإن جَفَّ الشجر أو انهَدَمَ البناء: يَأخُذها الشفيع بكلِّ الثمنِ إن شاء. وإن هَدَمَ المشتري البناءَ: أَخَذَ الشفيع العَرْصةَ بحِصَّتها، ....

المشريّ، والتكليفُ بالقلع من أحكام العدوان، وبه قال الشافعي.

ولنا: أنه بنى في محلٍ ظهَر تعلُّق حقٍ يتأكَّد للغير هو الشفيع من غير تسليط، فيأمر الشفيع بالنقض كالغاصب إذا بنى؛ لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري؛ لتقدُّم حق الشفيع عليه، ولذا يَنقض الشفيع بيعَ المشتري وهبتَه وجعْلَه مسجدا ومقبرة، وجُعِل تصرُّفه كالتصرُّف في ملك الشفيع في حق النقض، وله أن ينقض المسجد ويَنبُش الموتى كما في «القهستاني»[1][١٨٤/ب].

(**ولو استُحِقَّت**) الأرض (**بعدما بَنَى الشفيع أو غَرَسَ: رَجَعَ**) الشفيع (**على المشتري بالثمن فقط**)، يعني: لا يرجع بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن أخَذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه؛ معناه: لا يرجع بما نقص بالقلع.

وعن **أبي يوسف**: أنه يرجع به؛ لأنه متملك عليه، وكان كالمشتري.

وجهُ الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري: أن المشتري مغرور من جهة البائع، ومسلَّط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري؛ لأن الشفيع أخذها منه جبرا.

(**وإن جَفَّ الشجر**) بآفة سماويَّة، (**أو انهَدَمَ البناء**[2]) بعد شراء المشتري بغير صُنع أحدٍ، ولم يبق شيء من نقض أو خشب، فأما إذا بقي به شيء من ذلك: فلا بد من سقوط بعض الثمن، فيُقسَّم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ: (**يَأخُذها الشفيع بكلِّ الثمنِ إن شاء**)، ولا يسقط من الثمن شيء؛ لأنهما تابعان للأرض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن، بخلاف ما: إذا تلَف بعض الأرض بغرق: حيث يسقط من الثمن بحصته.

(**وإن هَدَمَ المشتري البناءَ: أَخَذَ الشفيع العَرْصةَ بحِصَّتها**) من الثمن إن شاء، وإن شاء: ترك؛ لأن المشتري قصَد الإتلاف، فيلزم الخيار المذكور، ونقضُ الأجنبي كنقض المشتري،

---

(١) «جامع الرموز» للقهستاني (٥١/٢)، و«الأصل» للإمام محمد (٢٧٤/٩).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «عند المشتري».

وليس له أخذُ النقضِ. وإذا شَرَى المشتري الأرضَ مع شجرٍ مُثمِرٍ، أو غيرِ مُثمرٍ وأثمَرَ في يده: أَخَذَه الشفيع مع الثمر فيهما. فإن جَذَّه المشتري: فليس للشفيع أخذُه، فيَأخُذ ما سِواه بالحِصَّة في الأوَّل وبكلِّ الثمنِ في الثاني.

(**وليس له**) أي: للشفيع (**أخذُ النقضِ**)، بل هو للمشتري؛ لكونه مفصولا ومنقولا.

(**وإذا**[1] **شَرَى المشتري الأرضَ مع شجرٍ مُثمِرٍ**) بأن شرَطه في البيع (**أو غيرِ مُثمرٍ وأثمَرَ**[2] **في يده**) أي: المشتري بعد الشراء: (**أَخَذَه**[3] **الشفيع مع الثمر فيهما**)؛ لأنه بالاتصال خلقةً صار تبعا من وجه، وهو الاستحسان.

والقياس: أن لا يكون له أخذ الثمر؛ لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها.

(**فإن جَذَّه**) أي: قطَع الثمر، واجتَنَاه (**المشتري: فليس للشفيع أخذُه**)؛ لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه، فلا يأخذه، (**فيَأخُذ**[4] **ما سِواه**) أي: ما سوى الثمر (**بالحِصَّة في الأوَّل**)، وهو: ما إذا اشتراها بثمرها: فيسقط من الثمن حصة الثمر؛ لأنه دخل في البيع مقصودا، فيقابله شيء من الثمن، (**وبكلِّ الثمنِ في الثاني**) أي: فيما أَثمَر في يد المشتري؛ أي: يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد، فلا يدخل عند الأخذ في المبيع إلا تبعا، فلا يقابله شيء من الثمن.

وفي «التنوير»: قضى للشفعة للشفيع: ليس له تركها الطلب في بيعٍ فاسدٍ وقت انقطاع حق البائع اتفاقا[5].

** ** **

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وإن».

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فأثمر».

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «أخذها».

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «ويأخذ».

(٥) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠٣).

باب ما تجبُ فيه الشفعةُ وما لا، وما يُبطِلها: إنما تجبُ الشفعةُ قصدًا في عقارٍ مُلِكَ بعوضٍ هو مالٌ وإن لم تُمكِن قِسمتُه كرَحًى وحمَّامٍ وبئرٍ.

ولا تجبُ في عَرْضٍ وفُلْكٍ ....

(**باب ما تجبُ فيه الشفعةُ وما لا**) تجبُ، (**وما يُبطِلها**) أي: الشفعةَ

ذكَر تفصيلها بعد ذِكر الوجوب مجملا؛ لأن التفصيل بعد الإجمال.

(**إنما تجبُ**) أي: تثبت (**الشفعةُ قصدًا في عقارٍ**).

إنما قال: «قصدا»؛ لأنها تثبت في غير العقار بتبعية العقار كالشجر والثمر كما في «الدرر»[1].

قوله: (**مُلِكَ**) -على صيغة المجهول، صفة: «عقارٍ»-.

واحترز بقوله: (**بعوضٍ**) عما إذا مُلِّك بالهبة؛ فإن الشفعة لا تجب فيها، وبقوله: (**هو مالٌ**) عما إذا مُلِّك بعوض غيرِ مال كالمهر ونحوه؛ فإن الشفعة لا تجب كما سيأتي، (**وإن**) -وصلية- (**لم تُمكِن قِسمتُه كرَحًى وحمَّامٍ وبئرٍ**) وبيتٍ صغير لا يُنتفَع إذا قُسِم عندنا؛ لدفع ضرر الجوار.

خلافا للشافعي؛ إذ عنده لا شفعة فيما لا يُقسَم[2]؛ لأن وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة، فلا يستحق إلا فيما يُقسم.

(**ولا**[3] **تجبُ**) الشفعة (**في عَرْضٍ وفُلْكٍ**)؛ لأنهما ليسا بعقار، قال ﷺ: «**لا شفعة إلا في رَبْع أو حائط**»[4].

خلافا لمالك في السفينة[5].

---

(١) «درر الحكام» لملا خسرو (٢/٢١٣).

(٢) «الأم» للإمام الشافعي (٦/٢٠٩).

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فلا».

(٤) عزاه الزيلعي في «نصب الراية» (٤/١٧٨) إلى «مسند البزار» بهذا اللفظ، ولم نجده في المطبوع الذي بين أيدينا، ولكن أخرج مسلم في «صحيحه» ١٣٥- (١٦٠٨)، وأبو داود في «سننه» (٣٥١٣)، والنسائي في «سننه» (٤٦٤٦) -واللفظ لمسلم- بلفظ: «**الشفعة في كل شرك؛ في أرض، أو رَبْع، أو حائط**».

(٥) «المدونة» للإمام مالك (٤/٢٣٤).

وبناءٍ وشجرٍ بِيعَا بدون الأرض. ولا في إرثٍ وصدقةٍ وهبةٍ بلا عوضٍ مشروطٍ، وما بِيعَ بخيار البائع أو بيعًا فاسدًا ما لم يَسقُط حقُّ الفسخِ. ولا فيما قُسِمَ بين الشُّرَكاء، أو جُعِلَ أجرةً أو بدلَ خلعٍ أو عتقٍ أو صلحٍ عن دمِ عمدٍ أو مهرًا ....

(وبناءٍ وشجرٍ بِيعَا) -صفة: «بناءٍ وشجرٍ»- (بدون الأرض)؛ لأنهما منقولان، وإن بِيعَا مع الأرض: تجب فيهما الشفعة تبَعًا للأرض.

(ولا) تجب (في إرثٍ وصدقةٍ)؛ لأن تملُّكَهما ليس بمقابلة مالٍ، (وهبةٍ بلا عوضٍ مشروطٍ) في العقد، حتى: [لو][1] عوض دارا أخرى: لا تجب الشفعة أيضا فيها؛ لأن هذا التعويض تبرُّعٌ لا عوضٌ حقيقة عن الهبة.

وفيه إشارة: إذا شرَط العوض: تجب؛ لأنها بيع انتهاءً كما مر في الهبة، وأما إذا وهب له هبة، ثم عوَّض عنها بغير شرط: لا تجب عندنا، خلافا لمالك[2][١٨٥/أ].

(وما بِيعَ) أي: لا تثبت الشفعة في عقارٍ بِيعَ (بخيار البائع)؛ لأنه يمنع زوال الملك عن البائع، (أو بِيعَ العقار (بيعًا فاسدًا)، يعني: إذا اشترى عقارا شراءً فاسدًا: فلا شفعة فيها، أما قبلَ القبض: فلبقاء ملك البائع فيها، وأما بعده: فلاحتمال الفسخ؛ لأن لكل واحد من المتبايعين سبيلا من فسخه، (ما لم يَسقُط حقُّ الفسخِ)، فإن سقط حق الفسخ في البيع بخيار البائع بأن أسقط الخيار أو بنى المشتري فيها في البيع الفاسد: تجب الشفعة؛ لزوال المانع، وإن اشترى بشرط الخيار: فللشفيع الشفعة بالإجماع.

(ولا) تثبت الشفعة في عقار (فيما قُسِمَ بين الشُّرَكاء)؛ لأن في القسمة معنى الإفراز، ولم تشرع إلا في المبادلة المطلقة، (أو) لا تجب في عقارٍ (جُعِلَ أجرةً) بأن استأجر حماما بدارٍ يدفعها إليه عوضَ الأجرة، (أو بدلَ خلعٍ) بأن خالَعها على دارٍ دفَعها إليها، (أو) بدل (عتقٍ) بأن أعتق عبده على دار فلانٍ، فقَبِل العبد، (أو) بدل (صلحٍ عن دمِ عمدٍ أو) جُعِلَ[3] (مهرًا)؛ لأنها ليست بأموال، ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به.

هذا عندنا؛ لأن تقوُّم المنافع في الإجارة لضرورة الحاجة، وكذا تقوُّم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر، وما يثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها، فلا تكون متقوِّمة في حق

(١) ليست في الأصل، ح، ن، والزيادة من ر، م.

(٢) «الكافي» للقرطبي (٢/٨٥٦).

(٣) في الأصل، ح، م من صلب المتن لـ«الملتقى»، والمثبت من ر، ن، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

وإن قُوبِل ببعضه مالٌ، وعندهما: تجبُ في حصّة المال. ولا فيما صُولِح عنه بإنكارٍ أو سكوتٍ، وتجبُ فيما صُولِح عليه بأحدهما. ولا فيما سُلِّمت شفعتُه، ثم رُدَّ بخيارِ رؤيةٍ أو شرطٍ أو بخيارِ عيبٍ بقضاءٍ، وما رُدَّ به بلا قضاءٍ أو بالإقالة: تجبُ فيه.

الشفعة، وأما الإعتاق: فهو إزالة مالية، فكيف يُقوَّم المال؟

وعند **الأئمة الثلاثة**: تجب فيها بناءً على أن الأعواض متقوّمة عندهم[1].

(وإن) -وصلية- **(قُوبِل ببعضه)** أي: ببعض ما جُعِل بدلا بهذه الأشياء **(مالٌ)** عند **الإمام**؛ لأن معنى البيع فيه تابع، فلا شفعة في التبع كما لا شفعة في الأصل.

(وعندهما: تجبُ) الشفعة **(في حصّة المال)** حيث كان فيها مبادلة مال بمال.

(ولا) تثبت **(فيما صُولِح عنه)** أي: عن العقار **(بإنكارٍ أو سكوتٍ)**؛ لأنه إذا صالَح عنها بإنكار: بقي الدار في يده، فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت؛ لأنه يحتمل أنه بذَل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا، بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار؛ لأنه معترف بالملك للمدعي كما في «الهداية»[2].

(وتجبُ فيما صُولِح عليه) أي: العقار **(بأحدهما)**.

وفي «الهداية»: إذا صالَح على الدار بإقرار أو سكوت أو إنكار: وجبت الشفعة في جميع ذلك؛ لأن المدعي أخَذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنس المدعى به، فيعامل بزعمه[3]، انتهى.

فعلى هذا أن تقييد المصنف بـ«الإنكار والسكوت» مما لا ينبغي، تدبَّرْ.

(ولا) تجب شفعته **(فيما سُلِّمتْ شفعتُه، ثم رُدَّ بخيارِ رؤيةٍ أو شرطٍ أو بخيارِ عيبٍ بقضاءٍ)**؛ لأنه فسخٌ من كل وجه، فعاد إلى قديم ملكه، والشفعةُ في المبيع لا في الفسخ.

قوله: «بقضاء» قيدٌ للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض أو قبله.

(وما رُدَّ به) أي: بعيب **(بلا قضاءٍ أو بالإقالة تجبُ)** الشفعة **(فيه)**؛ لأنه فسخٌ في حقهما؛ لولايتهما على أنفسهما وقد قصَدَا الفسخ، بيعٌ جديدٌ في حق ثالث؛ لوجود حد البيع وهو

---

(١) «فتح العزيز» للغزالي (٤٢٤/١١)، و«المعونة على مذهب عالم المدينة» للثعلبي (١٢٧١)، و«المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» لابن الفراء (٤٥٠/١).

(٢) «الهداية» للمرغيناني (٣١٩/٤).

(٣) «الهداية» للمرغيناني (٣١٩/٤).

وتجبُ في العُلوِ وَحْده، وفي السُّفلِ بسببه، وفيما بِيعَ بخيار المشتري.

وإن بِيعَتْ دارٌ بجنبِ المَبيعةِ بالخيار: فالشفعةُ لمن له الخيارُ؛ بائعًا أو مشتريًا، وتكون إجازةً من المشتري. ....

مبادلة المال بالتراضي، والشفيع ثالث، ومراده بـ«العيب»: بعد القبض؛ لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء كما في «الهداية»[١].

وفي «التبيين» كلام[٢]، وفي «التسهيل» جواب[٣]، فلتطالع إن شئت.

وقال زفر: لا تجب؛ لأن العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والإقالة، وهو قول الشافعي وأحمد[٤].

(**وتجبُ**) الشفعة (**في العُلوِ وَحْده**، و) تجب (**في السُّفلِ بسببه**) أي: بسبب العلو إذا لم يكن طريق العلو فيه؛ لأنه بما له من حق القرار التَحَق بالعقار، أما إذا كان طريق العلو في السفل: فحينئذ تثبت الشفعة بالطريق لا من حق القرار؛ لأن شركة الطريق أقوى من حق القرار[١٨٥/ب].

(و) تجب الشفعة (**فيما بِيعَ بخيار المشتري**)؛ لأن الخيار لا يَمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعةُ تُبتَنى عليه كما في «الهداية»[٥].

(**وإن بِيعَتْ دارٌ بجنبِ المَبيعةِ بالخيار: فالشفعةُ لمن له الخيارُ؛ بائعًا أو مشتريًا**).

أما البائع: فلأن الملك في الدار عند هذا البيع للبائع، فإذا أخذها بالشفعة: فهذا نقض منه للبيع، وأما المشتري: فلأن المبيع دخل في ملكه عندهما؛ لأنه يصير بالأخذ مختارا للبيع، فيصير إجازة، فيلزم ويملك به المبيع، وكذا عنده؛ لأنه صار أحق بالمبيع من غيره، وذلك يكفي لاستحقاقه الشفعة كالمأذون أو المكاتب إذا بيعت دارٌ بجنب دارهما، وعن هذا قال:

(**وتكون**) الشفعة (**إجازةً** وإسقاطا للخيار (**من المشتري**) في حق مبيعه؛ لوجود دليل

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣٢٠/٤)، والعبارة فيها: «... وهو بيع جديد... ومراده الرد بالعيب... ».

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٥٥/٥).

(٣) «التسهيل» للشيخ بدر الدين (ص: ٨٩٨).

(٤) «حلية العلماء» للقفال (٢٩٥/٥)، و«المغني» لابن قدامة (٩٦/٤).

(٥) «الهداية» للمرغيناني (٣١٩/٤).

ولشفيعِ الأُولى أخذُها منه، لا أخذُ الثانيةِ. وإن بِيعَتْ دارٌ بجنب المَبيعةِ فاسدًا: فشفيعُها البائعُ إن بِيعَتْ قبلَ قبضِ المشتري، فإذا قَبَضَ بعد الحكم له بها: لا تَبطُل. وإن بِيعَتْ بعدَ قبضِ المشتري: فالشفعةُ للمشتري. وإن استَردَّ البائعُ منه المَبيعة له بالشفعة: بَطَلَتْ شفعته، وإن بعد الحكم: بَقِيَتِ الثانية على ملكه.

الرضا، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها: حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بِيعَ بجنبها بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يَبطل بصريح الإبطال، فكيف بدلالته كما في «الهداية»[1].

(**ولشفيعِ**) الدار (**الأُولى أخذُها**) أي: أخذ الأولى (**منه**)، يعني: إذا حضر شفيع الدار الأولى وهي التي اشتراها المشتري: كان له أن يأخذها بالشفعة؛ لأنه هو أولى بها من المشتري؛ لِما عُرِف أن الشفيع أولى من المشتري، (**لا أخذُ الثانيةِ**) وهي التي أَخَذها المشتري بطريق الشفعة؛ لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية.

هذا إذا لم تكن متصلة بملكه، وإن كانت متصلة: كان له أن يشاركه فيها بالشفعة.

(**وإن بِيعَتْ دارٌ بجنب**) الدار (**المَبيعةِ**) بيعا (**فاسدًا: فشفيعُها**) أي: الدار المبيعة (**البائعُ إن بِيعَتْ قبلَ قبضِ المشتري**)؛ لبقاء ملكه فيها، (**فإذا قَبَضَ**) المشتري (**بعد الحكم له**) أي: للبائع (**بها**) أي: بالشفعة: (**لا تَبطُل**) الشفعة؛ أي: إن سلَّمها بعد الحكم له بها: لا تبطل؛ لأن ملكه في المشفوعة قد تقرَّر بالحكم، فلا يبطل بإخراج الأولى عن ملكه.

وإنما يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة إذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله؛ لأن الشفعة إنما تُستحَق بالملك، ولا ملك له قبله.

(**وإن بِيعَتْ بعدَ قبضِ المشتري**) المبيعةَ فاسدا: (**فالشفعةُ للمشتري**)؛ لثبوت الملك له بالقبض.

(**وإن**[2] **استَردَّ البائعُ منه**) أي: من المشتري (**المَبيعة**[3]) بحكم الفساد (**له**) أي: للمشتري (**بالشفعة: بَطَلَتْ شفعته**)؛ لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة، (**وإن**) استردَّها منه (**بعد الحكم**) له: (**بَقِيَتِ الثانية على ملكه**) أي: ملك المشتري؛ لأنه أخذها حين كان له حق الأخذ.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٤/ ٣٢٠).

(٢) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «فإن».

(٣) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى» زيادة: «قبل الحكم».

والمسلمُ والذميُّ في الشفعة سواءٌ. وكذا الحرُّ، والعبدُ المأذونُ والمكاتبُ ولو في مبيع السيِّد كالعكس.

فصل: وتَبطُل الشفعة بتسليم الكلِّ أو البعضِ ولو من الوكيل،.......................

(**والمسلمُ والذميُّ في الشفعة سواءٌ**)؛ للعمومات، ولأنهما يستويان في السبب وفي الحكمة، فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيها الذكور والإناث والصغير والكبير، خلافا لابن أبي ليلى في الذمي والصغير.

(**وكذا الحرُّ والعبدُ المأذونُ والمكاتبُ**) أي: سواء (**ولو**) -وصلية- (**في مبيع السيِّد كالعكس**) أي: للمأذون والمكاتب شفعةٌ في مبيع السيد كما للسيد شفعة في مبيع المأذون والمكاتب؛ لأن ما في يدهما ليس ملكَ مولاهما.

قال ابن الشيخ في «شرح الوقاية» وغيره: تجب الشفعة للعبد المأذون حال كونه مديونا دينا محيطا برقبته وكسبُه فيما باعه سيده؛ لكونه أجنبيا، وكذا تجب الشفعة لسيده فيما باعه عبده المأذون الذي عليه دينٌ محيطٌ؛ لأن ما في يد العبد المستغرق ملكٌ له لا لمولاه.

قيل[1]: إحاطة الدين مالَه ورقبتَه ليس بشرط. يقال: الإحاطة هنا قيدٌ لازمٌ لظهور حق الشفعة، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين؛ لأنه يبيعه لمولاه، ولا شفعة لمن بِيع له[2]، انتهى.

فعلى هذا أن المصنف قد أطلق في محل التقييد، وحملُ صاحب «الفرائد»[3] على ما قال صاحب «الإصلاح» ليس مما ينبغي، تدبَّرْ[١٨٦/أ].

(فصل)
[فيما تَبطُل به الشفعة]

(**وتَبطُل الشفعة بتسليم الكلِّ أو البعضِ**) أي: كل المشتراة أو بعضها إلى البائع بعد البيع؛ لأن التسليم قبله لا يبطلها، أما تسليمه الكل: فلأنه صريح في الإسقاط، وأما البعض: فلأن حق الشفعة لا يتجزَّأ ثبوتا؛ لأنه يملكه كما ملكه المشتري، والمشتري لا يملك البعض؛ لأنه تفريق الصفقة، فلا يتجزَّأ إسقاطا، فيكون ذكر بعضه كذكر كله كما في «الاختيار»[4] (**ولو**) -وصلية-؛ أي: ولو كان التسليم (**من الوكيل**).

---

(١) قائله: ابن كمال الوزير. (داماد، منه).

(٢) «الإيضاح في شرح الإصلاح» لابن كمال باشا (٢/٣٦٧).

(٣) «الفرائد» للسواسي (٦٤٩/ب).

(٤) «الاختيار» للموصلي (٢/٤٧).

وبترك طلبِ المُواثبةِ أو التقريرِ، وبالصلح من الشفعة على عوضٍ وعليه ردُّه. وكذا لو باعَ شفعتَه بمالٍ. وكذا لو قال للمخيَّرةِ: «اختارِيني بألفٍ»، أو قال العِنِّين لامرأتِه ذلك فاختارَتْه: بَطَلَ خيارها، ولا يجبُ العِوض.

وتَبطُل ببيعِ ما يَشفَع به قبلَ الحكمِ له بها، ....

والمراد من «الوكيل»: الوكيل بطلب الشفعة، وأما الوكيل بالشراء: فتسليمه الشفعة صحيح بالإجماع، وكذا سكوته إعراض بالإجماع.

ثم الوكيل بالشفعة إنما يصح تسليمه إذا كان في مجلس القاضي عند الإمام، وعند أبي يوسف: يصح مطلقا، وعند محمد وزفر: لا يصح تسليمه أصلا.

ولو أقرَّ هذا الوكيل على موكله بأنه سلَّم الشفعة: جاز إقراره عليه عندهما إذا كان في مجلس القاضي، وإن كان في غيره: فلا يجوز إلا أنه يخرج من الخصومة، وقال أبو يوسف: يجوز مطلقا، وقال زفر: لا يجوز مطلقا، وهي مسألة إقرار الوكيل، وموضعُها في الوكالة.

(و) تبطل الشفعة (**بترك طلبِ المُواثبةِ أو**) طلب (**التقريرِ**) حين عُلِم مع القدرة عليهما؛ لأنها تبطل بالإعراض، وتركُ الطلبَيْن أو أحدهما دليل الإعراض.

(**و**) تبطل الشفعة (**بالصلح**) أي: صلح المشتري الشفيع (**من**[1] **الشفعة على عوضٍ**)؛ لأنه أخَذ الاعتياض عن حقٍّ ليس بمال، فسقط حقه، (**وعليه**) أي: الشفيع (**ردُّه**) أي: العوض؛ لأن حق الشفعة لم يكن متقرِّرا في المحل، وهو مجرد التملك الغير المتقوم، فيكون المأخوذ رِشوة.

(**وكذا**) تَبطُل شفعته (**لو باعَ شفعتَه بمالٍ**)؛ لأن البيع تمليك مالٍ بمال، وحقُّ الشفعة لا يحتمل التمليك، فكان عبارة عن الإسقاط مجازا، فتسقط الشفعة، ولا يلزم المال، بخلاف القصاص؛ لأنه حق متقرر، وبخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه اعتياض عن ملك في المحل.

(**وكذا لو قال للمخيَّرةِ: «اختارِيني بألفٍ»، أو قال العِنِّين لامرأتِه ذلك**) أي: ترك الفسخ بألف، (**فاختارَتْه**) أي: اختارت الزوج: (**بَطَلَ خيارها، ولا يجبُ العِوض**)؛ لأنه لم يقابله حق متقرر، فلا يكون تجارة عن تراضٍ، فلا يحل.

(**وتَبطُل**) الشفعة (**ببيعِ ما يَشفَع به قبلَ الحكمِ له**) أي: للشفيع (**بها**) أي: بالشفعة؛ لزوال

---

(١) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «عن».

وبموتِ الشفيعِ، لا بموتِ المشتري.

ولا شفعةَ لمن باعَ، أو بِيعَ له، أو ضَمِنَ الدَّرك، أو ساوَمَ المشتري بيعًا أو إجارةً.

وتجبُ لمن ابتاعَ، أو ابْتِيعَ له.

سبب الاستحقاق قبل القضاء، وأما بعد القضاء: فيكون ميراثا للورثة، ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع العقار بشراء المشفوع أو لا؛ لأنه لا يختلف في الحالين، وكذا إبراء الغريم؛ لأن ذلك إسقاط، فلا يتوقف على العلم.

(و) تَبطُل أيضا (**بموتِ الشفيعِ**) قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله، فلا يورث عنه.

وقال **الشافعي**: لا تبطل؛ لأنها حقه، والوارث يَخلُفه في حقوقه.

ولنا: أن حق الشفعة حقُّ التمليك وهو قائم بالشفيع، فلا يبقى بعد موته.

(لا) تَبطُل (**بموتِ المشتري**)؛ لوجود المستحق.

(**ولا شفعةَ لمن باعَ**)؛ صورته: وكَّل صاحب الدار شفيعَها ببيعها، فباعها؛ لأن البيع يدل على الإعراض.

وعند **الأئمة الثلاثة**: تجب له الشفعة.

(**أو بِيعَ له**)؛ صورته: أن المضارب باع دارَ المضاربة وربُّ المال شفيعها: فلا شفعة له؛ لأن البيع له، (**أو ضَمِنَ**) الشفيع (**الدَّرَك**) عن البائع: فإن الشفعة تبطل؛ لأنه بضمانه له الدرك ضَمِن له أن يُحصِّل له الدار، وذلك لا يكون إلا بتركه للشفعة، وفي أخذه بها إبطالُ ذلك.

وعند **الأئمة الثلاثة**: تجب[(١)][١٨٦/ب].

(**أو ساوَمَ المشتري بيعًا أو إجارةً**)، أو طلَب الشفيع من المشتري أن يُولِّيه عقد الشراء: فإن الشفعة تبطل بذلك؛ لأنه دليل الإعراض.

(**وتجبُ**) الشفعة (**لمن ابتاعَ**). قيل: بيانه: لو وكَّل المشتري شفيع الدار بشرائها، فاشترى: فله الشفعة، (**أو ابْتِيعَ له**)؛ بيانه: اشترى المضارب بمال المضاربة دارا وربُّ المال شفيعها بدار أخرى: كان له الشفعة.

ولا فرق بين أن يكون البيع أو الشراء من الأصيل أو وكيله في بطلان الشفعة في الأول

---

(١) «أسنى المطالب» للسنيكي (٢/٢٣٨)، و«المعونة على مذهب عالم المدينة» للثعلبي (١/١٢٧٦)، و«الشرح الكبير» لابن قدامة (٥/٥٢٦).

ولو قيل للشفيع: «إنها بِيعَتْ بألِفٍ»، فسلَّم، ثم بانَ أنها بِيعَتْ بأقلَّ أو بكَيليٍّ أو وَزنيٍّ أو عَدديٍّ مُتقارِبٍ قِيمتُه ألفٌ أو أكثرُ: فله الشفعة. ولو بانَ أنها بِيعَتْ بعَرَضٍ قِيمتُه ألفٌ أو بدَنانيرَ قِيمتُها ألفٌ: فلا.

ووجوبها في الثاني.

(**ولو قيل للشفيع**: «**إنها**) أي: الدارَ التي تثبت فيها الشفعة له (**بِيعَتْ بألِفٍ**) درهم»، (**فسلَّم**) الشفيع لأجل الاستكثار، (**ثم بانَ**) أي: ظهر (**أنها بِيعَتْ بأقلَّ**) من الألف، (**أو**) ظهر أنها بيعت (**بكَيليٍّ أو وَزنيٍّ أو عَدديٍّ مُتقارِبٍ قِيمتُه ألفٌ أو أكثرُ: فله**) أي: للشفيع (**الشفعة**)؛ لأن تسليمه كان لاستكثار الثمن، أو لتعذر الجنس ظاهرا، فإذا بُيِّن له خلاف ذلك: كان له الأخذ؛ للتيسير وعدمِ الرضاء على تقدير أن يكون الثمن غيره؛ لأن الرغبة في الأخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا أو جنسا، فإذا سلَّم على بعض وجوهه: لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها.

(**ولو بانَ أنها بِيعَتْ بعَرَضٍ قِيمتُه ألفٌ أو بدَنانيرَ قِيمتُها ألفٌ**) أو أكثر: (**فلا**) شفعة له.

أما عدم الشفعة إن ظهر أنها بِيعَت بعرضٍ قيمتُه مثل قيمة الذي بلغه أو أكثر: فلعدم الفائدة؛ لأن الواجب في غير المكيل والموزون القيمةُ، فلا يظهر التفاوت.

وأما عدم الشفعة إن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف: فلأن الجنس متحد في حق الثمنية، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة.

وقال زفر: له الشفعة؛ لاختلاف الجنس، وهو قول **الأئمة الثلاثة** كما في «الهداية» وغيرها[1].

لكن في «التبيين»: هذا قول **أبي يوسف**، وهو استحسان، والقياس: أن يثبت له حق الشفعة، وهو قول **الإمام** وزفر[2].

وفي «النهاية» نقلا عن «المبسوط»: وقول **محمد** مع **الإمام**؛ لأن الجنس مختلف حقيقة وحكما، ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع[3].

والمصنف اختار ما اختار صاحب «الهداية»، فلهذا لم يذكر الاختلاف بين علمائنا

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣٢٢/٤)، و«المبسوط» للسرخسي (١٠٦/١٤)، و«الحاوي الكبير» للماوردي (٢٤٥/٧).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٢٦٠/٥).

(٣) «النهاية» للسغناقي (٢/٢٥٥/ب)، و«المبسوط» للسرخسي (١٠٦/١٤).

ولو قيل له: «المشتري فلانٌ»، فسلَّم، فبانَ أنه غيرُه: فله الشفعة. ولو بانَ أنه هو مع غيره: فله الشفعة في حصَّة الغير.

ولو بَلَغَه بيعُ النصفِ، فسلَّم، فظَهَرَ بيعُ الكلِّ: فله الشفعة.

فإن باعَها إلا ذراعًا من طولِ جانب الشفيعِ: فلا شفعة له........................

الثلاثة، تتبّع.

وإنما قيد بـ«ألف أو أكثر»؛ لأن قيمته إن أقل: فهو على شفعته.

(**ولو قيل له**) أي: للشفيع: («**المشتري فلانٌ، فسلَّم**») الشفعة، (**فبانَ أنه**) أي: المشتري (**غيرُه**) أي: غير فلان: (**فله الشفعة**)؛ لأن رضاءه بجواره لا بجوار غيره؛ لتفاوت الناس. (**ولو**) قيل له: «المشتري فلان، فسلَّم»، ثم (**بانَ أنه**) أي: المشتري (**هو**) أي: فلان (**مع غيره: فله الشفعة في حصَّة الغير**)؛ لأن التسليم لم يوجد في حقه.

(**ولو بَلَغَه**) أي: الشفيعَ (**بيعُ النصفِ، فسلَّم**) الشفعة، (**فظَهَرَ بيعُ الكلِّ: فله الشفعة**) في الكل؛ لأنه سلَّم النصف، وكان حقه في أخذ الكل، والكلُّ غير النصف، فلا يكون إسقاطه إسقاطا للكل.

وعلَّل صاحب «الهداية» بأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة[1]، لكن في «التبيين»: هذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك، والأول يستقيم فيهما، وأما إذا أُخبِر بشراء الكل، فسلَّم، ثم ظهر بشراء النصف: لا شفعة في ظاهر الرواية؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه[2].

وقيل: له الشفعة، ومال إليه شيخ الإسلام كما في «المنح»[3].

ثم شرَع في بيان الحيلة فيها، فقال:

(**فإن**[4] **باعَها**) أي: الدار (**إلا ذراعًا**) أي: مقدار ذراع (**من طولِ**) الجدار الذي يلي (**جانب الشفيعِ: فلا شفعة له**)؛ لأن الاستحقاق بالجوار، ولم يوجد الاتصال بالمبيع، وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري؛ لعدم الالتزاق.

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٤/٣٢٢).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٦٠)، و«الأصل» للإمام محمد (٩/٢٣٠).

(٣) «منح الغفار» للتمرتاشي (٢/٢٧٨/ب).

(٤) في نسخة المؤلف لـ«الملتقى»: «وإن».

وإن شَرَى منها سهمًا بثمنٍ، ثم شَرَى باقِيَها: فالشفعة في السهم فقط. وإن ابتاعَها بثمنٍ، ثم دَفَعَ عنه ثوبًا: أَخَذَها الشفيع بالثمن، لا بقيمة الثوب.

ولا تُكرَه الحِيلة في إسقاطها عند أبي يوسف، وبه يُفتَى قبلَ وجوبِها، وعند محمد: تُكرَه.

(**وإن شَرَى منها**) أي: من الدار (**سهمًا بثمنٍ، ثم شَرَى باقِيَها**) أي: باقي الدار: (**فالشفعة في السهم فقط**)؛ لأن الشفيع جارٌ والمشتري شريك في الباقي، فيُقدَّم عليه، ولو أراد الحيلة: اشترى السهم الأول بجميع الثمن إلا درهما والباقي بالدرهم، فلا يَرغَب الجار في أخذ السهم الأول؛ لكثرة الثمن، لا سيما إذا كان جزءا قليلا كالعشر أو أقلَّ مثلا.

(**وإن ابتاعَها**) أي: إن اشترى الدار (**بثمنٍ**) كثيرٍ كألف، (**ثم دَفَعَ عنه**) أي: عن الثمن (**ثوبًا**) يساوي مائة درهم -مثلا-: (**أَخَذَها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب**)؛ لأن الثوب عوضٌ عما في ذمة المشتري، فيكون البائع مشتريا بعقد آخر غيرِ العقد الأول، وهذه الحيلة تعم الشريك والجار لكن فيه ضرر البائع؛ لأنه إذا استحقَّت الدار المشفوعة: يبقى كل الثمن، والأوجه أن يباع بالدرهم الثمنُ دينارٌ حتى إذا استحقَّ المشفوعة: يبطل الصرف، فيجب رد الدينار لا غيره كما في «الهداية»(١)[١٨٧/أ].

وحيلة أخرى أحسنُ وأسهلُ ذكَرها صاحب «الدرر»، وهو قوله: لو شرى بدراهم معلومة إما بالوزن أو الإشارة مع قبضة فلوس أشير إليها، وجَهِل قدرها، وضيَّع الفلوس بعد القبض؛ لأن الثمن معلومٌ حال العقد ومجهولٌ حال الشفعة، فجهالةُ الثمن تمنع الشفعة(٢).

(**ولا تُكرَه الحِيلة في إسقاطها**) أي: الشفعة (**عند أبي يوسف**)؛ لأنه يَحتال لدفع الضرر عن نفسه، وهو الأخذ بلا رضاه، والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وإن تضرر الغير في ضمنه، وهو رواية عن **الإمام**، (**وبه**) أي: بقول **أبي يوسف** (**يُفتَى قبلَ وجوبِها**)، وأما بعد وجوبها: فمكروهة **بالإجماع**.

(**وعند محمد: تُكرَه**)؛ لأنها وجبت لدفع الضرر وهو واجب، وإلحاقُ الضرر به حرام، وبه قال **الشافعي**(٣).

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٣٢٣/٤).

(٢) «درر الحكام» لملا خسرو (٢١٤/٢).

(٣) «جواهر العقود» للأسيوطي (١٩١/١).

وللشفيع أخذُ حصَّةِ بعضِ المُشترِين، لا حصَّةِ بعضِ البائِعين. وللجارِ أخذُ بعضِ مُشاعٍ بِيعَ، فقُسِمَ وإن وَقَعَ في غير جانبِه. ....

قيل: لا تكره الحيلة؛ لمنع وجوب الشفعة بالإجماع، وإنما الخلاف في فصل الزكاة، والمختار عندي: أن لا تكره في الشفعة دون الزكاة كما في «شرح الكنز» للعيني[١].

وفي «التنوير»: ولا حيلة لإسقاط الحيلة[٢]؛ لِما قال البزازي: وطلبناها كثيرا، فلم نجدها[٣].

(**وللشفيع أخذُ حصَّةِ بعضِ المُشترِين لا حصَّةِ بعضِ البائِعين**[٤])، يعني: اشترى جماعة عقارا والبائع واحد: يتعدَّد الأخذ بالشفعة بتعددهم، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي، وإن تعدَّد البائع بأن باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد: لا يتعدَّد الأخذ بالشفعة بتعدُّدهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ بعضهم دون بعض، بل يأخذ الكل أو يترك.

والفرق: أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرَّق الصفقة على المشتري، فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه وبعيب الشركة، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم، فلا تتفرَّق الصفقة على أحد، ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض وبعده هو الصحيح، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذُ نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع؛ كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم؛ لأنه كواحد منهم، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه سقطت يد البائع، وسواء سمَّى لكل بعض ثمنا أو سمَّى للكل جملة؛ لأن العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه، والمعتبر في التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك، وتمامه في «التبيين»، فليطالع[٥].

(**وللجارِ أخذُ بعضِ مُشاعٍ بِيعَ، فقُسِمَ وإن**) -وصلية- (**وَقَعَ في غير جانبِه**)، يعني: اشترى رجلٌ نصف دار غير مقسوم، فقاسَم المشتري البائع: أخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بالقسمة، وليس للشفيع قبضُها مطلقا؛ سواء كانت القسمة بحكم

---

(١) «رمز الحقائق» للعيني (٢/٣٤٥).

(٢) «تنوير الأبصار» للتمرتاشي (ص: ٢٠٥).

(٣) «الفتاوى البزازية» (٢/٢٨٦).

(٤) في الأصل، والمطبوع (٢/٥٨٨): «الباقين»، والمثبت من بقية النسخ، ونسخة المؤلف لـ«الملتقى».

(٥) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٦٢).

وللعبدِ المأذونِ المديونِ الشفعةُ في مَبيع سيِّدِه، وبالعكس.

وصحَّ تسليمُ الأبِ والوصيِّ شفعةَ الصغيرِ، خلافا لمحمدٍ فيما بِيعَ بقيمتِه أو أقلَّ. وقولُه روايةٌ عن الإمام في الأقلِ الذي لا يُتغابَن فيه.

أو بالتراضي؛ إذ القسمة من تمام القبض؛ لِما فيه من تكميل الانتفاع، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة، وقاسَم المشتري الشريكَ الذي لم يبع: حيث يكون للشفيع قبضه؛ لأن العقد لم يقع من الذي قاسَم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول، بل هو تصرُّف بحكم الملك، فينقضه الشفيع؛ كما: لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان، ثم جاء شفيع ثالثٌ بعدما اقتسمَا بالقضاء أو بالتراضي: فللشفيع أن ينقض القسمة.

وفي «الهداية»: ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أيِّ جانب كان، وهو المروي عن **أبي يوسف**؛ لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة، وعن **الإمام**: أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جارا فيما يبقى في الجانب الآخر[1][١٨٧/ب].

(**وللعبدِ المأذونِ المديونِ الشفعةُ في مَبيع سيِّدِه، وبالعكس**).

هذا مستدرَك لما سبق قُبَيل الفصل، بل الأَولى أن يذكرها فيما سبق مقيَّدة بهذا القيد، واكتفى، تدبَّرْ.

(**وصحَّ تسليمُ الأبِ والوصيِّ شفعةَ الصغيرِ**) عند الشيخين.

(**خلافا لمحمدٍ فيما بِيعَ بقيمتِه أو أقلَّ**) أي: فإن عنده لا يصح تسليمهما شفعة الصغير والصبي على شفعته إذا بلغ؛ لأنه حقٌّ ثابتٌ له، فلا يملكان إبطاله، وبه قال **زفر**.

ولهما: أن هذه معنى المبادلة وهما يملكانها، ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي: صحَّ ردُّه منهما، وعلى هذا الخلاف بطلانُ الشفعة بسكوت الأب والوصي عند العلم بالشراء.

(**وقولُه**) أي: قول **محمد** (**روايةٌ عن الإمام في الأقلِ الذي لا يُتغابَن فيه**[2]).

---

(١) «الهداية» للمرغيناني (٤/٣٢٣).

(٢) وفي «الهداية» (٤/٣٢٤): هذا إذا بيعت بمثل قيمتها، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه: قيل: جاز التسليم بالإجماع؛ لأنه تمحّض نظرا، وقيل: لا يصح بالاتفاق؛ لأنه لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم كالأجنبي، وإن بِيعَت بأقلَّ من قيمتها محاباة كثيرة: فعن **الإمام**: لا يصح التسليم منهما، ولا رواية عن **أبي يوسف**. (داماد، منه).

....

وفي «الكافي»: إذا سلَّم الأب شفعة الصغير والشراءُ بأقل من قيمته بكثير: فعن الإمام: أن التسليم يجوز؛ لأنه امتناعٌ عن إدخاله في ملكه؛ لإزالة عن ملكه، ولم يكن تبرعا، وعن محمد: أنه لا يجوز؛ لأنه بمنزلة التبرُّع بماله، ولا رواية عن أبي يوسف[١].

وفي «التبيين» كلام، فليطالع[٢].

** ** **

(١) «الكافي» للنسفي (٢/٢٩٦/أ).

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي (٥/٢٦٣).

فهرس الآيات الكريمة

نص الآية	رقم الآية	الصفحة
الأنعام		
﴿إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ﴾	١١٩	٤٦٢
﴿وَلَا تَأۡكُلُواْ مِمَّا لَمۡ يُذۡكَرِ ٱسۡمُ ٱللَّهِ﴾	١٢١	٥٢٥
الأعراف		
﴿أُوْلَٰٓئِكَ كَٱلۡأَنۡعَٰمِ بَلۡ هُمۡ أَضَلُّۚ﴾	١٧٩	٤٧٢
يوسف		
﴿۞وَقَالَ نِسۡوَةٞ﴾	٣٠	٦٦
الحجر		
﴿إِنَّ عِبَادِي لَيۡسَ لَكَ عَلَيۡهِمۡ سُلۡطَٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ ...﴾	٤٢	٢١٢
النحل		
﴿فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ﴾	٤٣	١٧٩
﴿إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾	١٠٦	٤٦٢
الإسراء		
﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ حَتَّىٰ ...﴾	٣٤	٤٨٤
الكهف		
﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾	١٩	٧٤
مريم		
﴿فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا﴾	٥	٣١٠
النور		
﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾	٤	٩
﴿وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ﴾	٤	٢٨
﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾	٥	٢٨
﴿فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾	٣٣	٤١٥

** ** **

فهرس الأحاديث الشريفة والآثار

طرف الحديث أو الأثر	رقم الصفحة
من أعمر عمرَى: فهو للمعمر له ولورثته من بعده	٣١٦
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة	٩
ناقصات عقل	١٣
هو رفيقي في الجنة	٤٦٣
هو لها صدقة، ولنا هدية	٣١١
هي لك صدقة ولنا هدية	٤٤٠
والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه	٢٨٢
الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب عنها	٣٢٤
الولاء لمن أعتق	٤٤٥
اليمين الفاجرة أحق أن تُردَّ بالبينة العادلة	١٣٥

** ** **

فهرس الموضوعات العامة

** ** **